Language Rights and the Court Challenges Program

A REVIEW OF ITS ACCOMPLISHMENTS AND IMPACT OF ITS ABOLITION

A report submitted to
THE COMMISSIONER OF OFFICIAL LANGUAGES

by
Richard Goreham,
B.A., LL.B., LL.M.

Cat. No. SF31-18/1992
ISBN 0-662-59330-8

Language Rights and the Court Challenges Program
A Review of Its Accomplishments and Impact of Its Abolition

The announcement on February 27, 1992, that the Court Challenges Program was being abolished prompted the Commissioner of Official Languages to express his concerns about the possible impact on the protection of Canada's linguistic duality. The following is a summary of a report, prepared in August 1992 by Mr. Richard Goreham for the Commissioner, assessing the past success the Program has had on the clarification of and full respect for language rights and the impact its abolition may have.

93-02672/

Language Rights and the Court Challenges Program
A Review of Its Accomplishments and Impact of Its Abolition

Executive Summary

The abolition of the Court Challenges Program has removed a key resource which, in the past, made it possible to pursue important matters of principle and public interest before the courts. Efforts to clarify the actual meaning of various language rights, and the struggle to see them implemented and fully respected, constituted the underlying objectives of the program.

This document reviews the categories of language rights guaranteed by the Constitution and the positive effects that litigation, supported for the most part by the program, has had on the interpretation and implementation of those rights. This provides the context for identifying issues that remain unresolved and for establishing the impact that this abolition will have on the efforts of minority language communities to have language rights fully respected and implemented.

I- Clarification and Implementation of Language Rights

A) Legislature (Section 133 of the Constitution Act, 1867, Section 23 of the Manitoba Act and Section 17 and 18 of the Charter)

The meaning of constitutional language guarantees in the legislative process benefits greatly from a substantial body of case law. A broad and liberal interpretation was developed by the Supreme Court of Canada and applied to the linguistic requirements in the legislatures of Manitoba and Quebec, as well as the Parliament of Canada. The Court has clarified the following issues:

- Language rights arising from these sections are inviolable and cannot be altered unilaterally by governments.

- The printing and publishing of all Acts implies the use of both languages throughout the entire process of enacting legislation.

- Regulations must be included within the definition of what constitutes an Act of the legislature.

- Delegated legislation subject to mandatory bilingualism includes regulations enacted by the government, a minister or group of ministers, rules of practice of courts and quasi-judicial tribunals, administrative regulations that are subject to the approval of the government, a minister or group of ministers.

- School boards and municipal by-laws are not covered by Section 133.

- Unilingual statutes and regulations are invalid and have no force and effect. The underlying purpose of bilingual requirements is to ensure full access to the law. (However, it also ruled that, in order to avoid legal chaos, a minimum period be allowed for the translation, re-enactment, printing and publishing.)

- The Supreme Court also provided criteria for determining when a document is of a legislative nature and when documents incorporated by reference are themselves subject to mandatory bilingualism.

B) Judicial Process (Section 133 Constitution Act of 1867, Section 19 of the Charter)

The meaning of constitutional language guarantees in the judicial process also benefits greatly from a substantial body of case law. However, decisions of the Supreme Court of Canada in this area are based upon a much more restrictive point of view, one that calls for judicial restraint and a return to a strictly literal interpretation of constitutional languages rights. The Supreme Court decided that:

- Constitutionally entrenched language rights are based on an historic compromise designed to guarantee only minimal protection, which may be supplemented by legislative reform.

- The right to use English or French in any pleadings in, or process issuing from, any court established by the Parliament of Canada or any courts of Quebec, Manitoba and New Brunswick establishes a principle of choice, one that is enjoyed by all persons who actually participate in the legal process. In other words, the language rights protected are those of litigants, counsel, witnesses, judges and other judicial officers who actually speak, and those of writers or issuers of written legal pleadings and processes.

- The Constitution does not guarantee to persons who actually receive documents emanating from the court process the right to such documents in the official language of their choice, nor the right to be spoken to in their official language.

- However, legislative reforms at the federal level, prompted by the narrow interpretation given by the Court, recognized a broad range of State duties to provide a court system that speaks and delivers documents of various sorts, to accused persons and other participants in their own official language.

C) Services, Work and Equality of Status (Sections 16 and 20 of the Charter)

Little in the way of case law has been developed relating to the precise meaning of these sections. The anticipation of legal action increased the need to provide some legislative guidance as to the meaning of various provisions. The principle of equality of both official languages found in Section 16 of the Charter could establish the right to work in either official language in the federal Public Service. The Official Languages Act now recognizes this right in circumstances defined in the Act.

The Official Languages Act also defines what constitutes an "institution of the government or Parliament of Canada", and regulations thereto define terms such as "significant demand" and "nature of the office", which are crucial to the understanding of the scope of the right to receive services in either official language.

The limits established by federal legislative initiatives may be narrower than the scope of constitutional rights deducible from Sections 16 and 20 of the Charter. If so, litigation might arise.

D) Education (Section 23 of the Charter)

The constitutional right to a minority language education is one of the most important language rights protected by the Charter. The health and vitality of English- or French-speaking minorities depend in large part on access to educational institutions which reflect the identity and aspirations of those who belong to either group.

Indeed, litigation supported by the Court Challenges Program regarding the proper interpretation and implementation of Section 23 was initiated in almost every provincial jurisdiction. This was made necessary by the lack of provincial initiatives to respond adequately to the constitutional recognition of minority language rights in 1982 in the

Charter. Though a number of courts took a narrow approach to interpreting this right, the Supreme Court in Mahé confirmed that it was remedial in nature and should be given a more liberal interpretation. The following are some of the issues clarified by the Supreme Court of Canada:

- No legislature can unilaterally alter the entitlement criteria in Section 23 so as to diminish the constitutional right to minority language education.

- The purpose of Section 23 was found to be "to correct, on a national scale, the progressive erosion of minority official language groups and to give effect to the concept of the equal partnership of the two official language groups in the context of education." The Court recognized that the very nature of Section 23 rights created correlative obligations on governments.

- While Section 23 guarantees two rights (the right to "instruction" and the right to "educational facilities"), it is important to avoid strict numerical thresholds which would activate, on the one hand, a right to instruction and, on the other hand, a right to educational facilities (including rights of management and control). Section 23 should be viewed as encompassing a "sliding scale" of requirements.

- These requirements vary according to what the "numbers warrant". The exact modalities for implementing rights under Section 23 of the Charter are left to public authorities. They include a measure of management and control which could mean, where the "numbers warrant", a separate minority school board.

II- Unresolved Issues

A) Legislatures and Judicial Process

In spite of these clarifications by the Supreme Court in the matter of legislatures and judicial process, not all questions have received a final answer.

- How should the legislative rights of accused persons to choose the language of trial be harmonized with the right of crown prosecutors and judges to choose the language they wish to use in the court process?

- What is the effect of the legislated right to choose either English or French as the language of a criminal trial on the interpretation of legal rights guaranteed by the Charter? For instance, does it affect:

  - the right to be informed of the reasons for arrest or detention and the right to counsel (Section 10);
  - the right to a public and impartial trial (Section 11);
  - the right to an interpreter (Section 14) and the type of translation (simultaneous or consecutive) which may be constitutionally required.

- Is the right to use either official language before federal courts compromised by the administration of federal statutes (for example: bankruptcy and divorce) by provincial courts?

B) Services, Work and Equality of Status

Additional territory for judicial interpretation can be found in Section 16 (equality of status of English and French and their equal rights and privileges) and Section 20 (right to government services in either official language) of the Charter. Little in the way of case law has been developed relating to the precise meaning of these sections, leaving the way open for a number of a legal issues, including the following:

- The manner to interpret Sections 16 and 20 of the Charter and whether to adopt a narrow or a liberal approach.

- Whether Section 16 may be used to support the right to work in either official language in, for example, the federal Public Service?

- Whether constitutional language guarantees can be avoided by the delegation of federal administrative responsibilities to provincial agencies?

- What exactly constitutes an "institution of the Parliament and government of Canada" or of "the legislature and government of New Brunswick" found in Sections 16 and 20 of the Charter?

- How to understand the notion of "the public"?

- What exactly constitutes "services" and "communications"?

- What is the scope of concepts like "significant demand" and "nature of the office"? Although these concepts are defined in the Regulations under the Official Languages Act, most of which will come into force in December 1992, legal arguments could be raised that these definitions restrict the rights found in Section 20 of the Charter.

C) Education

The area of education has given rise to complex factual and legal questions. In many areas the scope of rights is uncertain. The Supreme Court recognized that future litigation, based on Section 23 of the Charter, is virtually unavoidable. What is required in any case will turn on what the numbers warrant. Issues that remain unresolved include:

- What are the implications of the language abilities of a child enrolled in minority language education in view of the fact that entitlement criteria focus on the mother tongue of the parents, or the language in which the parents received their primary education?

- What responsibilities does the State have to provide some form of initial language skills upgrading to children of eligible parents who have difficulty in the minority language? Other questions related to the linguistic and cultural homogeneity of minority schools could give rise to litigation.

- Since the scope of rights is related to the "where numbers warrant test", disagreement with public authorities can be expected regarding the physical facilities, the scope of courses that must be offered in the minority language, the overall type of program, resources that must be made available, mandatory second-language training, as well as the role of parents in the overall operation and content of minority language education.

- What is an acceptable allocation of resources for minority language education (with respect to both the quantity of the resource allocation and the quality of the education -- in principal, the quality of minority education should be equivalent to that of majority education).

- What is the interrelationship of minority language education rights under Section 23 of the Charter and confessional rights guaranteed under Section 93 of the Constitution Act, 1867?

III- Other Unresolved Questions

- What remedies are available with respect to breaches of constitutional rights? The development of the law in this area will be of great significance in the effective implementation of language rights.

- The interrelationship between the propositions of the Charter and those of the Official Languages Act: will the Supreme Court adopt the same interpretation for both, especially concerning language of work and language of service?

- Whether Section 1 (reasonable limits in a free and democratic society) applies to Sections 16 to 23 of the Charter?

Conclusion

For more than a decade the Court Challenges Program provided much needed financial assistance for important language rights litigation. A number of significant issues remain unresolved. As the experience of the program has shown, the process of seeking legal clarification and interpretation of these rights, and ensuring their full implementation and respect, extends over many years, so that their interpretation is in constant evolution.

The disappearance of the program will place a heavy financial burden on individuals and groups who wish to gain access the courts as the ultimate means to have their constitutional language rights enforced. Unfortunately, many may find this deterrent too difficult to overcome. What good are such rights if they are not enforced? As the Honourable Bertha Wilson said, "it is totally illusory to confer rights on people who do not have the means to enforce them."

Language Rights and the Court Challenges Program

A REVIEW OF ITS ACCOMPLISHMENTS AND IMPACT OF ITS ABOLITION

A report submitted to
THE COMMISSIONER OF OFFICIAL LANGUAGES

by
Richard Goreham,
B.A., LL.B., LL.M.

August 1992

Language Rights and the Court Challenges Program
A Review of Its Accomplishments and Impact of Its Abolition

1- Introduction 2

2- Origin, Purpose and Evolution 3

3- Clarification and Implementation: Twin Goals 7

4- Overview of Litigation 10
- **(a) Language Rights and Legislatures** 10
- **(b) Language Rights in the Courts** 16
- **(c) Language of Service, Work and Equality of Status** 20
- **(d) Language Rights and Schools** 26

5- Summary of Unresolved Issues 38

6- Conclusion: Premature End to a Process 42

1- Introduction

The sudden decision to terminate the Court Challenges Program, announced on February 27, 1992, has heightened fears in official language minority communities that respect for language rights will diminish. While the federal government has indicated that financial assistance for legal costs for cases currently being litigated will be met, this applies only to the level of court before which such cases are now pending or being pursued. There is no indication that funding will be available for appeals that may be generated by these same cases. As to potential cases which may arise in the future, the abolition of the program has removed a key resource that made it possible in the past to pursue important matters of principle before the courts.

The discontinuance of the Court Challenges Program prompted the Commissioner of Official Languages to write on April 8, 1992, to the Honourable Gerry Weiner, Minister of State for Multiculturalism and Citizenship, expressing his concerns about the possible impact of this decision on the protection of Canada's linguistic duality. He informed the minister that he felt it was important to assess the accomplishments of the program in improving our understanding of the scope of constitutionally protected language rights. Such a review, he pointed out, would make it possible to identify any issues that remain unresolved. At the same time, the Commissioner wrote to representatives of minority official language communities to solicit their views about problems they continue to face relevant to the interpretation and effective exercise of such rights.

At the request of the Commissioner of Official Languages, I have prepared this report to help assess the impact that the program's abolition will have on efforts to clarify the scope of official language rights and to have them fully respected and applied. The report begins with a summary of the origin and purpose of the program and its growth over more than a decade of operation. The manner in which the program was administered and the scope of its activities have evolved considerably over time, an evolution that helps put in perspective its underlying objectives.

The report then reviews the categories of language rights the Constitution of Canada protects and the positive effects that litigation has had on the interpretation and implementation of those rights. This provides the context for identifying questions that have yet to receive final answers from the courts. To the extent that important issues remain unresolved, the disappearance of the Court Challenges Program constitutes a

premature end to a legal process not yet complete. It was the availability of financial assistance for legal costs that enabled minority official language communities to engage and participate fully in that process. The lack of s[illegible] a key resource for the future can only work to impede efforts to resolve outstanding issues about the scope of language rights protected under the Constitution.

2- Origin, Purpose and Evolution

When Bertha Wilson, formerly a judge of the Supreme Court of Canada, wrote to the Minister of Justice and Attorney General of Canada on March 4, 1992, to reaffirm her view that "it is totally illusory to confer rights on people who do not have the means to enforce them", she had placed her finger on one of the chief reasons for the establishment of the Court Challenges Program. In the 1970s language rights that were then protected under various provisions of Canada's Constitution stood in danger of being swept aside by provincial law. In Quebec the passage of the French Language Charter (1977) had restricted access to English language schools, a measure that was argued to be contrary to guarantees found in Section 93 of the Constitution Act, 1867 (formerly the British North America Act, 1867) and dramatically decreased the status of English before the courts and in the legislature of Quebec, as protected under Section 133 of the same Act. In Manitoba a denial of French language rights protected under Section 23 of the Manitoba Act, 1870, a denial almost as old as Confederation itself, was once again being challenged in the courts.

Realizing that the costs of pursuing litigation involving matters of principle and public interest can constitute a heavy burden on individuals and groups of limited means, the federal government of the time stepped forward and offered financial assistance to a number of litigants. Its initiative became known as the Court Challenges Program (1978), and its stated purpose was to provide support for legal costs incurred in pursuing cases which sought to clarify the scope of language rights protected under the constitutional provisions mentioned above. The program operated somewhat on an *ad hoc* basis and provided support to six cases over the subsequent four years. Both the Department of Justice and the Department of the Secretary of State were involved in running the program, the former assessing the legal merits of a case and the amount of funding that should be available, the latter charged with the responsibility of administering it.

The advent of the Canadian Charter of Rights and Freedoms (hereinafter referred to as the Charter) provided the occasion for the program to be re-examined and expanded in 1982 to include language rights protected under new constitutional amendments. These rights are found in Sections 16 to 23 of the Charter, which include the equality of status of English and French, the right to receive government services in either language and guarantees regarding minority language education. At this time, selection criteria were formalized so that funding was conditional upon:

- the issue in a case being one of substantial importance and having legal merit;
- the issue having consequences for a number of people;
  and
- the issue not already being funded in another case (the avoidance of duplication).

Not long afterwards two further conditions were imposed on a request for financial assistance under the up-dated program. First, it was stipulated that interveners in a case should not be funded, especially when the Attorney General of Canada had intervened in the matter. Second, financial assistance was not to be given where public officials concerned in a case had given appropriate assurances that contested legislation or government action would be changed so as to comply fully with constitutional guarantees. As before, the Department of Justice provided the legal assessment of the merits of a case and reviewed lawyers' accounts submitted for payment and the Department of the Secretary of State administered the program.

With this framework in place the Court Challenges Program was positioned to provide crucial support to official language communities pressing for a wide and generous interpretation of language guarantees under the Constitution, or intent on using the law to ensure that clearly stated language rights were not simply ignored. During the next three years the number of cases being funded expanded to 18.

The fact that some of the constitutional provisions covered under the program applied to federal law and activities constituted a source of potential conflict for the Department of Justice. To the extent a case submitted for funding placed in question federal law or practice, which presumably the Attorney General of Canada would defend in court, the impartiality of the Department of Justice in assessing its legal merit might be doubted. This potential line of tension became even more problematic when the scope of the program's funding criteria were reconsidered in light of the coming into force of equality

rights under Section 15 of the Charter in 1985. Expanding the criteria to include equality rights as they applied to federal law and practice required, in the interest of fairness, a new arm's-length decision making process for determining which cases would be funded. As a result, the Court Challenges program was transferred outside government to a suitable external agency.

Since 1985 the program has been administered by two non-government agencies: the Canadian Council on Social Development (from 1985-90) and the University of Ottawa's Human Rights Research and Education Centre (1990-92). In both cases the decision-making authority with regards to the provision of financial assistance for legal costs was vested in two independent committees: the Language Rights Panel and the Equality Rights Panel. With respect to the Language Rights Panel, five members were selected who demonstrated a commitment to the advancement of minority official language rights, possessed a range of professional skills (some members were practising lawyers) and reflected the experience of official language minorities in the various regions of the country. Supported by a staff of legally trained professionals, and assisted by external advisory opinions where appropriate, the panel had the authority to decide applications for financial assistance in accordance with the terms and conditions set out in contributions agreements signed by the Department of the Secretary of State.

The contribution agreement signed with the Canadian Council on Social Development identified the purpose of the program as "the funding of court challenges involving official language rights guaranteed by the Constitution of Canada" as well as equality rights relevant to federal legislation, policies and practices. More specifically, and as regards the language rights component of the program, financial assistance was to be available to cases which tested language rights based on Sections 93 or 133 of the Constitution Act, 1867, or on Section 23 of the Manitoba Act, 1870, or on Sections 16 to 23 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms or parallel constitutional provisions. The other criteria, involving substantial importance, legal merit, avoidance of duplication, and consequences for a number of people, were also reaffirmed in the contribution agreement, as well as the rule that in general, because intervenors do not have carriage of the action, they should not be funded.

When the administration of the Court Challenges Program was transferred to the Human Rights Research and Education Centre at the University of Ottawa the wording of both the purpose of the program and some of the eligibility criteria was changed. The objective of the program was stated to be "the clarification of the official language rights" guaranteed under the constitutional provisions mentioned above. This is somewhat different than funding cases "involving official language rights". As to the eligibility criteria, we find that financial assistance was allowed only for test cases that met the objective of the program, and which directly tested language rights based on the constitutional provisions listed. This process of narrowing the wording of both the objective of the program and the eligibility criteria was continued with respect to the matters of duplication, legal merit and numbers of people affected by the issue in a case. Whereas before the criteria had required that an issue "should" be one of substantial importance, "should" have legal merit and "should" have consequences for a number of people, the wording was tightened so that "should" was replaced by "must" and "number of people" was changed to "significant number of people". Similarly, it was stated that duplication "shall" be avoided and that when a legal issue is before the courts another person espousing substantially the same legal issue in the same or another case "shall not" receive financial assistance. Prior to the transfer of the program in 1990 the same matter had been covered by the more discretionary phrases "should be avoided" and "should not receive financial assistance".

As already mentioned, the number of language rights cases receiving financial assistance grew to 18 during the period 1978-85. Since 1985 the Court Challenges Program has provided funding in a total of 77 cases, although some of these represent cases from the government-managed phase of the program which subsequently progressed to a higher level of court. (A decision to provide financial assistance is limited to a specific level of court, so that when a case is appealed a further application for financial assistance is required.) Those responsible for the administration of the program have indicated that 35 of these cases have been at the trial level, 23 at the level of appeal court and 19 before the Supreme Court of Canada. Among the cases funded by the program, 17 were in the area of bilingualism in the legislative process and 13 involved language rights before the courts.

A large part of the increase in volume of cases funded is a reflection of the substantial difficulties associated with the interpretation and implementation of minority language education rights under Section 23 of the Charter. It appears that 39 of the successful requests for financial assistance since 1985 have been in this area alone. While more will be said about these rights in the following overview of language rights litigation, it bears repeating here that respect for, and implementation of Section 23, has met with much resistance. Reluctance to reform educational systems in many English-speaking provinces which were impeding the development of minority language education was supposedly justified by the alleged ambiguity of the guarantees in Section 23. Official language minorities were thus faced with what they considered to be clear violations of Section 23 being justified by a consistently narrow view of the scope of that Section. Inevitably this resulted in the rapid growth of potential litigation and explains to a great extent the increase in the number of funded cases after 1985.

When viewed over the course of the past 14 years few could deny the importance of the Court Challenges Program in promoting respect for the constitutional rights of official language minorities. Funded cases range from the successful reaffirmation of the language rights of Franco-Manitobans in the courts and before the legislature of Manitoba (a denial dating from 1890) to the struggle to implement minority language education rights entrenched in the Charter of Rights and Freedoms. But, before turning to a general overview of the litigation involving language rights, it is useful to reconsider the relationship that exists between the need to seek legal clarification of the scope of language rights and the desire to find a way to ensure their full respect and implementation.

3- Clarification and Implementation: Twin Goals

The goal of testing or clarifying official language rights under the Constitution, set out in the two contribution agreements of 1985 and 1990, should be seen within the overall context of the promotion of Canada's two official languages. Since the 1970s language rights litigation has played an ever-increasing and important role in reaffirming respect for the constitutional status of English and French. In the face of insufficient government action and continued linguistic and cultural erosion, minority language communities have turned to the courts as a means of both defining more clearly the scope and content of

language rights and ensuring their full implementation. Both these goals were clearly implied by the program criteria which directed that funding would not be available where public officials had given appropriate assurances that contested legislation or government action would be changed. If clearing up the meaning of a constitutional provision were the only goal of the program, how could one justify a demand that legislation or government action be changed before the matter was even litigated?

That the Court Challenges Program was motivated by a desire to see that constitutional language rights were respected and implemented, as well as clarified and deciphered, is further demonstrated by some of the cases funded. The matter of the French Language Charter's denial of access to English language education to persons clearly entitled to such access under Section 23 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms, though raising a number of legal issues, was not about the scope and meaning of Section 23. At bottom, it involved the obligations of the government of Quebec to respect the entitlement criteria under Section 23, which were clearly incompatible with relevant provisions under the French Language Charter. The conflict being obvious, the key legal issue in the case involved the constitutional authority of a provincial government to alter unilaterally the entitlement criteria. By the same token, the Forest case from Manitoba was not about the meaning and scope of the language guarantees under Section 23 of the Manitoba Act, 1870, but rather about the authority of the government of Manitoba to abolish them. Fundamentally, both these cases were about respect and implementation of existing constitutional language rights, not their substantive clarification. Yet this did not disqualify them from receiving financial assistance for legal costs under the Court Challenges Program.

Each category of language right under the Constitution, all of which will be reviewed below, provides convincing evidence of the necessary linkage between the respect for a right on the one hand, and the clarification of its scope and content on the other. Whether we speak of language rights in the legislative process, before the courts or within the schools, we find that the refusal to respect rights is frequently justified by arguing that the constitutional provisions invoked to claim them are too narrow to provide an adequate basis in law to support them. While governments are increasingly disinclined to refuse outright to implement rights, they often raise the purported ambiguity of a constitutional provision to justify current programs and legislation which fall considerably short of what the beneficiaries of such rights could legitimately expect.

The very nature of language rights lends itself to a process of claim and counterclaim regarding their proper implementation. Traditionally, constitutionally entrenched rights have been construed as involving limitations and constraints on government action. They provided the basis for invalidating government action as constituting unwarranted intrusion upon individual freedom. But language rights move in the opposite direction and call upon governments to act and to intervene; they imply that positive action is required to fulfil them. It is not enough simply to strike down legislation and government action as being in breach of language rights, as effective as this may be in some cases; it is also necessary to take concrete steps to establish institutional frameworks that allow for the effective exercise of such rights. That is why language rights are almost always set in the context of institutions deemed crucial to the health and vitality of official language minorities.

This is not to say that the "negative" approach to constitutional rights (i.e., that which sees rights as a protection against government intrusion into individual freedom) cannot sometimes raise a language rights issue. This is aptly illustrated by the language of commercial signs case from Quebec, which was based upon the individual right to freedom of expression in Section 2 of the Charter. Striking down the French-only rule for commercial signs because it violates the constitutional guarantee of freedom of expression does not imply, however, any positive obligations on government. What it does is define a limit beyond which a restriction on the use of an official language is constitutionally unjustified.

The fact that most language rights claims call on the State to take active measures to support a minority community -- whether that be in the legislative process, before the courts, with respect to government services or in the educational system -- underscores the importance of negotiations between official language minorities and government. Positive obligations always raise questions about their scope, the answers to which require on-going discussions with public officials. The allocation of resources and the creation of institutional frameworks involve the active co-operation of governments. But the resolution of such questions is not only a matter of determining public policy; it also involves the implementation of constitutional rights. As a result, where the outcome of extensive negotiations fails to satisfy the expectations of an official language minority, legal action represents an effective alternative. Indeed, the possibility of initiating legal

action to enforce constitutional obligations may very well enhance the motivation of government to resolve issues of interpretation directly with the minority language communities involved. Conversely, if access to the courts were not a viable option (e.g., if legal costs were prohibitive) the likelihood of successful negotiations might decrease dramatically.

The dynamic relationship that exists between the clarification of constitutional language rights and their effective implementation should remind us that the law can often be a two-edged sword. On the one hand, it can be used to cut back the scope of a given right by interpreting it in a narrow and conservative fashion. But the law can also be used to expand the reach of a given language right so that it becomes more meaningful and useful to the members of a minority. As the following review of language rights litigation, hopefully, will show, the tension between these two approaches to the interpretation of rights is always present in the legal process. It is a mistake to assume that the meaning of constitutional language rights and the correlative obligations they impose on government can ever be determined once and for all.

4- Overview of Litigation

(a) Language Rights and Legislatures

As is well known, Section 133 of the Constitution Act, 1867 (formerly the British North America Act, 1867) and Section 23 of the Manitoba Act, 1870, authorize the use of English or French in the debates of the House of Commons and Senate of Canada, as well as the Houses of the Legislatures of Quebec and Manitoba. In addition, the same sections declare that English and French shall be used in the respective records and journals of those Houses, and that all Acts of those Houses shall be printed and published in both languages. These provisions are recapitulated in Sections 17 and 18 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms, in so far as they apply to the Parliament of Canada, and are extended to cover the legislature of New Brunswick.

The clear obligation to use both languages in the records and journals of the Manitoba legislature and in the printing and publishing of its Acts was directly placed in question by the Official Language Act of Manitoba (1890), which provided that English only would be used for these purposes. However, the question of the constitutional validity of

this action did not reach any superior court level for more than 80 years, even though it had in fact been challenged twice at the level of the county court and declared to be ultra vires. Both these judgments, one issued in 1892 and the other in 1909,[1] were presumably ignored by Manitoba governments of the time, which continued to give full force and effect to the Official Language Act. The abolition of the status of French in the Manitoba legislature obviously made it unnecessary to raise questions about content and scope, for, whatever the scope of the language rights might have been, successive governments of Manitoba considered that such rights no longer existed. A third attempt to seek a legal remedy against the province of Manitoba was launched many decades later, but this time the case reached the Supreme Court of Canada and resulted in the 1979 landmark decision, in Attorney General of Manitoba *v.* Forest.[2]

The Supreme Court's finding that the Official Language Act of Manitoba (1890) was unconstitutional, and that the language rights under Section 23 of the Manitoba Act, 1870, had to be fully respected, was accompanied by a parallel finding, based on Section 133 of the Constitution Act, 1867, against relevant sections of the Charter of the French Language (1977) of Quebec. Although the details of the Quebec legislation were different than the terms of the legislation adopted by Manitoba in 1890, the Supreme Court in Attorney General of Quebec *v.* Blaikie et al.[3] emphasized again that language rights arising from Section 133 of the Constitution Act, 1867 were inviolable and could not be altered unilaterally by the National Assembly of Quebec as if they were simply part of the provincial constitution. In this they were identical to the rights arising from Section 23 of the Manitoba Act, 1870. In addition, the Supreme Court went on to provide some initial guidance as to the effective scope of words and expressions used in these two sections. It ruled, for example, that the printing and publishing of all Acts implied the use of both languages in the enactment of legislation, and that regulations issued under the authority of legislation must be included within the definition of what constitutes an Act of the legislature. The growth of delegated legislation had been so significant since 1867 that the Court felt it would be artificially narrow to confine the scope of the term "Acts" to statutes only.

This initial clarification of the scope of language rights related to the legislative process and the printing and publishing of statutes and regulations proved to be only the beginning of a long period of litigation related to their effective implementation. The Court Challenges Program was present throughout this period, and provided financial assistance for legal costs in virtually all the key cases. Cases proliferated because the

answer to one question often seemed to raise half a dozen more issues that needed to be clarified before steps were taken giving full effect to the language rights in question. Thus, while members of the French language minority in Manitoba took a generous view of what measures were required to give full effect to their rights under Section 23 of the Manitoba Act, 1870, following the Forest and Blaikie decisions of 1979, public authorities took a narrow view of both the immediate implications of the Supreme Court decisions, as well as the actual scope of the rights in question. The inevitable result was further litigation whose objective was the settling of differences of view which were impeding the implementation of language rights already declared inviolable by the Supreme Court.

In Quebec questions arose about how broadly the term "regulation" should be construed. To seek clarification the government of Quebec requested and was granted a rehearing of matters related to the Blaikie decision. At this second hearing -- now known as Blaikie (No.2)[4] -- the Supreme Court ruled that delegated legislation subject to the Section 133 requirements included:

(i) regulations enacted by the government, a minister or group of ministers (except for internal management rules or guidelines);

(ii) rules of practice of courts and quasi-judicial tribunals;

(iii) administrative regulations that are subject to the approval of the government, a minister or group of ministers.

It also concluded, in part for historical reasons, that school board and municipal by laws were not covered under Section 133.

While State obligations regarding the use of both English and French in the legislative process (as defined and clarified by the two Blaikie decisions and Forest) were met by Quebec without further delay, the same could not be said with respect to Manitoba. Ninety years of *de facto* unilingualism in the legislature of Manitoba had left not only a vast body of English-only statutes and regulations, but also a total lack of translation facilities. This stood in sharp contrast to the existing bilingual machinery available in Quebec, where both English and French had always been present in the legislative process.

The enormity of the task facing Manitoba was, of course, a measure of the enormity of the historical injustice. As indicated above, negotiations regarding the measures necessary to implement the language rights in question inevitably revealed differences of view, a situation which delayed progress on full implementation and finally resulted in further recourse to the Supreme Court. This was by way of a reference initiated by the federal government in 1984, resulting in the decision known as Re Manitoba Language Rights.[5] It is worth noting, however, that another case (funded eventually by the program) had been making its way through the courts since 1981, challenging, amongst other things, the validity of the unilingual Highway Traffic Act of Manitoba.[6] Central to the set of questions submitted by way of reference to the Supreme Court was the matter of consequences for not complying with language rights in the legislative process. Were unilingual statutes and regulations invalid and of no force and effect?

The Supreme Court answered this question in the affirmative, and in so doing emphasized the underlying purpose of language rights in the legislative process. This purpose lay in the need "to ensure full and equal access to the legislatures, the laws and the courts for Francophones and Anglophones alike."[7] The mandatory obligation to use both languages in the enactment and printing of legislation was necessary to protect "the substantive rights of all Manitobans to equal access to the law in either the French or the English language."[8] In reflecting on the significance of language rights in general, the Court declared:

> "The importance of language rights is grounded in the essential role that language plays in human existence, development and dignity. It is through language that we are able to form concepts; to structure and order the world around us. Language bridges the gap between isolation and community, allowing humans to delineate the rights and duties they hold in respect of one another, and thus to live in society."[9]

A number of other questions specific to Manitoba legislation purporting to implement Section 23 of the Manitoba Act, 1870, were also reviewed and answered by the Supreme Court. Much of that legislation was found to be in conflict with Section 23 because it breached principles implicit therein, such as:

(i) both the English and French versions of a law are equally authoritative in respect of its interpretation;

(ii) both English and French must be used simultaneously throughout the process of enacting bills into law.

The significance of the judgment in Re Manitoba Language Rights is unquestionable. It also serves as an edifying example of how the need to seek legal clarification of a given language right inevitably results in further delays in implementing and respecting that right.

Although the Court found that laws passed in breach of Section 23 of the Manitoba Act, 1870, were invalid, it also ruled that the avoidance of legal chaos required that a minimum period be allowed for the translation, re-enactment, printing and publishing of Manitoba law tainted by constitutional defect. While the Court left the period of temporary validity to be negotiated by the parties concerned, it indicated that it would intervene at the request of the federal or provincial Attorney General should the parties fail to reach an agreement. Thus, even a question as narrow and technical as the duration of temporary validity might have required a further ruling of the Supreme Court, had it not been for a negotiated settlement arrived at by the parties and given effect to by the Court some six months later.[10]

One would have thought that at this point full implementation of the language rights in question would have begun, yet such was not the case. A further dispute arose regarding which instruments of the Manitoban government could be considered "of a legislative nature" and hence subject to mandatory bilingual enactment, printing and publishing. Thus, the parties were placed once again in a litigious stance before the Supreme Court, resulting in yet another judgment[11] in January of 1992 that clarified the clarifications given in previous decisions. In response to the rather detailed questions submitted to it, the Supreme Court provided criteria for determining when a document was of a

legislative nature.[12] It also provided rules for determining when documents incorporated by reference in Acts of the Manitoba legislature are themselves subject to mandatory bilingualism. The possibility of even further disputes about the scope of these more specific criteria prompted the Court to remark that "it would be wise for legislatures, in cases of doubt, to resolve that doubt in favour of the constitutional right."[13]

There have of course been other cases that have contributed to a more complete understanding of the requirements of mandatory bilingualism in the legislative process. One could mention, for example, A.G. Quebec *v.* Brunet, Collier et al.[14] which concerned the issue of incorporation by reference, Sinclair et al. *v.* A.G. Quebec et al.[15] which focused on what constituted an Act of the legislature of Quebec as opposed to one that emanated from a municipal corporation, the latter entities not being subject to the mandatory bilingualism of Section 133 of the Constitution Act, 1867, or Bilodeau *v.* A.G. Manitoba,[16] part of which overlapped with issues in Re Manitoba Language Rights concerning the invalidity of Manitoba laws passed in breach of Section 23 of the Manitoba Act, 1870. One could also refer to a number of cases that sought to invoke Section of 110 of the North-West Territories Act that was in force at the time of the creation of the provinces of Alberta and Saskatchewan and which incorporated language rights similar to those found in Section 133 of the Constitution Act, 1867, and Section 23 of the Manitoba Act, 1870, in particular R. *v.* Mercure.[17] But the point here is not to provide a complete analysis of all judgments related in some way to mandatory bilingualism in the legislative process. It is, rather, to underscore the open-ended nature of the legal interpretation of constitutionally protected language rights. In a very real sense, no one judgment can provide answers to all possible questions that may arise regarding the respect and implementation of language rights. Just in the one area of language guarantees in the legislative process, over 12 years separates the Supreme Court of Canada decision in Forest from its most recent clarifications offered in Reference Re Manitoba Language Rights (A Special Hearing).[18] The numerous cases litigated during that period were in part generated by efforts to use narrow interpretations to cut back the potential scope of the language guarantees. This is why the Supreme Court has recently exhorted public officials to resolve any doubts about the scope and applicability of constitutional language guarantees in favour of the protected rights.

(b) Language Rights in the Courts

Complementary to the mandatory use of English and French in the legislative process is the status both languages are accorded before the courts of Quebec, Manitoba and New Brunswick, and before those created by the federal government. Recognition of this status is found in the same sections mentioned above regarding legislative bilingualism, and in Section 19 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms. Cast in permissive rather than mandatory terms, these sections authorize the use of English or French by any person in any pleading in, or process issuing from, any court established by the Parliament of Canada or by any of the three provinces mentioned. The starting point for litigation regarding these language rights can be found in the Forest and Blaikie cases discussed above, for it was here that the Supreme Court affirmed the inviolability of the rights in question. They were beyond modification by the legislative process, gave a choice to any person involved in court proceedings, and also applied to tribunals that exercised quasi-judicial powers even if they were not "courts" in the traditional sense. It was only subsequent to these decisions, themselves the culmination of many years of legal procedures, that attention turned to the precise scope and possible implications of the right to use either language before the courts.

Members of official language minorities quite rightly raised the question of correlative obligations that might lie on governments to provide an institutional framework for the effective exercise of the constitutional right. For example, was it incumbent on the State to ensure that court documents issued in criminal and quasi-criminal proceedings be bilingual in order to respect the rights of persons to use either language? Did the right to chose English or French, particularly by an accused, imply an obligation on the State to provide the facilities for a trial in the language chosen? Put in the extreme, the right to use either official language before the courts seemed of little consequence if none of the presiding officials spoke or understood it; or if official documents were routinely issued in only one language.

Questions of this sort provided the impetus for cases funded under the Court Challenges program, such as MacDonald *v.* City of Montreal[19] (a unilingual French summons issued to an English-speaking person), Bilodeau *v.* A.G. Manitoba[20] (a unilingual English summons issued to a French-speaking person), Robin *v.* Collège St-Boniface[21] (an accused's right to use French and the language ability of the presiding judge), Société

des Acadiens du Nouveau-Brunswick *v.* Association of Parents[22] (whether the right to use either official language includes the right to be heard and understood directly by a judge in that language), and in part for cases based on the old Section 110 of the North-West Territories Act (the alleged right of an accused to a trial conducted in the official language of his choice[23]). Persons who brought forward these cases pressed for a broad and liberal interpretation of the underlying right to use either English or French in the court process. The jurisprudence that had been developed regarding language rights in the legislative process certainly gave reason to hope that a broad and liberal interpretation would be brought to bear regarding the judicial process. However, in a series of decisions the Supreme Court of Canada chose to give a restrictive interpretation by characterizing constitutionally entrenched language rights (at least in the judicial process) as based on an historic compromise designed to guarantee only minimal protection. Being only a minimum, such rights could be complemented by federal or provincial legislation, or changed by way of constitutional amendment, "...but it is not open to the courts, under the guise of interpretation, to improve upon, supplement or amend this historical constitutional compromise."[24]

With this in mind, the Supreme Court construed the provisions in question very literally, so that the language rights protected "...are those of litigants, counsel, witnesses, judges and other judicial officers who actually speak, not those of parties or others who are spoken to; and they are those of writers or issuers of written pleadings and processes, not those of the recipients or readers thereof." As a result, a summons can issue in only one language without infringing the constitutional rights under consideration here; and the right of an accused person to use the official language of his choice in addressing a court does not imply any duty on the court to hold his trial in the language chosen. According to the Court, to imply from relevant constitutional provisions that an accused person has a right to a trial in the official language of his choice would effectively abrogate the language rights of judges and other court officials guaranteed under the same provisions.

Although the legal clarifications that resulted from these cases settled a number of questions (albeit in a manner arguably adverse to the interests of members of official language minorities), significant litigation in this area continued to move forward. For example, the right of an accused person to chose to be tried before a judge who spoke the official language of the accused, established by way of federal legislative initiative Criminal Code amendments), was available in some provinces but not in others. These amendments constituted a legislative initiative aimed at providing an accused person the

opportunity of having his trial conducted in his official language. The discrimination based on geography was challenged under the equality provisions of Section 15 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms and resulted in conflicting decisions.[25] However, further legislative amendment (no doubt hastened by the litigation supported by the Court Challenges Program) extended this right so that it now applies everywhere in Canada, thus rendering further litigation on the precise point unnecessary.

Ironically, though, the Supreme Court decisions on the constitutional right to use either English or French before courts subject to relevant constitutional provisions laid the seeds for further litigation about the validity of federal legislative initiatives to extend the right of accused persons to choose the language of trial. Put bluntly, how is this to be accomplished without compromising the right of crown prosecutors and judges to choose the language they wish to use in the court process? The seriousness of this issue is attested to by the fact that the Quebec Superior Court has issued two conflicting judgments.[26] Since provinces are currently responsible for the administration of criminal justice, the implementation of these Criminal Code amendments could continue to raise contentious issues about how to harmonize the amendments with constitutional rights under Section 133 of the Constitution Act, 1867, Section 23 of the Manitoba Act or Section 19 of the Charter as it applies to New Brunswick. It is not beyond the realm of possibility that minority language communities will be directly interested in defending the validity of federal legislative initiatives in this area, should they be challenged as unconstitutional.

It is interesting to note that the current legislated rights of an accused regarding the language of trial parallel many of the points made during litigation about the meaning of relevant constitutional provisions. Thus we find that where an order has been made directing an accused to be tried before a judge, or judge and jury, who speak his official language (pursuant to the relevant Criminal Code provisions), the accused also has the right to have a prosecutor who speaks that official language. Provision is also made that the record of proceedings shall include a transcript of everything that was said during those proceedings in the official language in which it was said. This would seem to ensure that other court officials (such as court reporters) be capable of understanding and speaking the official language of the accused. Beyond the Criminal Code, Part III of the Official Languages Act, 1988, imposes detailed obligations on federal courts. These include the duty to ensure at the request of a party that simultaneous translation be provided and the duty to ensure that a judge hearing a case being conducted in one or

the other official language be able to understand the language used without the assistance of an interpreter. Part III also requires that federal lawyers (i.e., acting on behalf of Her Majesty in right of Canada or a federal institution) use, in oral and written pleadings, the official language chosen by the other parties. In New Brunswick a recent amendment (June 1, 1991) to the Official Languages Act of that province provides that a party to proceedings before a court has the right to be heard by a court that understands, without the need for translation, the official language in which the person intends to proceed. (See Section 13(1.2) of the provincial Act.) In a sense, one can say that the failure of litigation to establish a broad, liberal interpretation of constitutionally protected language rights heightened awareness of the need for legislative intervention. In other words, litigation that results in a less than favourable interpretation of rights can still be useful in pressing for necessary legislative reform.

The existence of a legislated right to chose to be tried in either English or French has also raised issues related to a number of legal rights guaranteed under the Canadian Charter of Rights and Freedoms. For example, the right to be tried within a reasonable time, set out in Section 11(b) of the Charter, has been invoked where delays were caused by the failure of authorities to provide adequate resources to give effect to the right of an accused to be tried in his official language. The court used this as grounds to order a stay of proceedings.[27] The right to a fair and impartial hearing, found in Section 11(d) of the Charter, has also been interpreted in light of the accused person's choice of language of trial, in the sense that it would be a violation of Section 11(d) to allow the introduction of an English-only breathalyser certificate as evidence in a trial being conducted in French, where the accused objected.[28] The unresolved nature of these issues raises, in turn, the possibility that the interpretation of other legal rights guaranteed by the Charter will be affected by the existence of the legislated right to chose either English or French as the language of a criminal trial. Will this have an impact on the right to be informed of the reasons for arrest or detention and the right to counsel (Section 10), the right to a public and impartial trial (Section 11), or the right to an interpreter (Section 14)? Moreover, it is still not clear what type of translation (simultaneous or consecutive) might be constitutionally required where an accused person exercises his constitutional right to use either English or French before a court.[29]

Finally, where Parliament has delegated the administration of its laws (e.g., bankruptcy and divorce) to provincial courts, questions have been raised with the Court Challenges Program as to whether individuals have the right to use French in judicial proceedings under the relevant federal legislation. To the extent that the right to use either English or French applies only to courts created by Parliament (or to the courts of Manitoba, New Brunswick and Quebec), the administration of federal law by other provincial courts could result in the erosion of language rights otherwise available if federal statutes where administered by federal courts.

(c) Language of Service, Work and Equality of Status

The jurisprudence generated by litigation over language rights in the legislative and judicial processes has resulted in two very different philosophies regarding their interpretation. Prior to 1986 a broad and liberal interpretation was developed by the Supreme Court and applied to the language requirements in the legislatures of Manitoba and Quebec, applicable also to the Parliament of Canada. As the cases discussed above show, the Court went beyond the strictly literal meaning of the words in Section 133 of the Constitution Act, 1867, and Section 23 of the Manitoba Act, 1870, and extended the scope of mandatory bilingualism to a wide range of delegated legislation or regulations, ruled that both official languages must be used simultaneously throughout the legislative process, and determined that rules of practice and procedure (emanating from courts covered by the relevant constitutional protection) had to be published in both official languages. None of this was apparent on the face of the provisions in question, but the Court found that it was necessary to give full effect to the purpose and intent that lay behind them. However, decisions issued by the Supreme Court in 1986 and after, pertaining to the judicial process, are based upon a much more restrictive point of view, one that calls for judicial restraint and a return to a strictly literal interpretation of constitutional language rights.

The existence of two conflicting approaches to interpreting language rights is very significant for litigation involving constitutional provisions which have yet to be directly considered by the Supreme Court. In this regard, Sections 16 and 20 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms provide instructive examples. Section 16 declares that English and French are the official languages of Canada and have equality of status and

equal rights and privileges as to their use in all institutions of the Parliament and government of Canada. Section 20 guarantees the right of any member of the public to communicate with, and receive services from, any head office of an institution of the Parliament or government of Canada in English or French. It also provides that the same right applies to any office of any such institution where there exists sufficient demand or where the nature of the office makes it reasonable that the right apply. Sections 16 and 20 also apply equally to the province of New Brunswick, with the noteworthy exception that the right to communicate with and receive services from any office of an institution of the legislature or government of that province applies without any qualification, based on sufficient demand or nature of the office.

It remains an open question as to whether Section 16 can be used to support the right to work in either official language in, for example, the federal Public Service. None of the jurisprudence to date can provide a definitive answer, though the actual wording of Section 16 would certainly seem to support such a conclusion. But, given the two divergent philosophies about how to interpret constitutional language rights, the results of litigation on this issue remain unpredictable. Would the Supreme Court accept arguments to the effect that the minimalist philosophy underpinning its decisions about language rights in the judicial process should be confined to that particular area? If so, the broad, liberal approach developed for interpreting language rights in the legislative process could prove instrumental in giving a generous interpretation to Section 16. Legal uncertainty in this area certainly argues in favour of support to the kind of case approved for financial assistance by the Court Challenges Program in January of this year. In Frantz Étienne *v.* The Minister of National Defence, a 15-year veteran of the Canadian Marine Reserves interested in promotion to an administrative specialization is faced with the requirement of taking a number of courses as a prerequisite to being considered. The courses being offered only in English, this French-speaking person argues, amongst other things, that the Department of Defence is in breach of its duty to respect the equal status and equal rights and privileges of Canada's two official languages, set out in Section 16 of the Charter.

It would be incomplete, at this point, not to take notice of Part V of the Official Languages Act, 1988, which explicitly recognizes that English and French are the languages of work in all federal institutions and that officers and employees of all federal institutions have the right to use either official language in accordance with this Part of the Act. While the various provisions of Part V effectively circumscribe the right to

work in either official language, they represent the type of positive initiative necessary to allow for the exercise of a language right. Thus, within the National Capital Region and anywhere else prescribed by Treasury Board, a duty is imposed on federal institutions to ensure that work environments are conducive to the effective use of both official languages, that services are provided to employees in both official languages (including those made available to support them in the performance of their duties), that regularly and widely used work instruments are provided in both official languages, and that an appropriate supervisory structure be in place to accommodate both official languages. Disputes about both the implementation of these provisions, and the degree to which they might be more restrictive than the constitutional guarantees allegedly deducible from Section 16 of the Charter, will probably arise. The existence of a dispute resolution mechanism under the Official Languages Act certainly argues in favour of complaints being pursued under the Act, in the first instance. Access to the Federal Court is also granted to complainants who are not satisfied with the results of the complaint resolution process under the Act, the Federal Court being empowered to grant such remedy as it considers appropriate and just in the circumstances. Nevertheless, there may be occasions when the initiation of constitutional litigation, the possibilities for which exist independently of the Official Languages Act, represents an appropriate avenue of redress. This would be the case where the issue in dispute involves the validity of restrictions on a general right to work in either official language, which are found in the Act and elsewhere and presumably considered by government to be reasonable and just.

Questions about the scope of the right to communicate with and receive services from government institutions also provide the grounds for actual and potential litigation. One case supported by the program has resulted in a lengthy judgment of the Court of Queen's Bench[30]. It deals with the repercussions of the failure of a member of the New Brunswick Highway Patrol to complete a traffic ticket in the official language of the person to whom it was addressed. The similarity of this situation to that considered by the Supreme Court in cases originating in Quebec and Manitoba is evident. Nevertheless, Mr. Justice Richard declined to follow the narrow approach developed for interpreting those parts of Section 133 of the Constitution Act, 1867, and Section 23 of the Manitoba Act, 1870, that deal with the judicial process. He ruled that the interpretation of Sections 16 and 20 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms

should not be constrained by this particular line of jurisprudence. Indeed, Mr. Justice Richard pointed out that the principle of equality entrenched in Section 16 was itself a source of inspiration in interpreting the other language provisions of the Charter, and in support of this proposition he cited the former Chief Justice of the Supreme Court of Canada:

> "Despite academic debate about the precise significance of s. 16, at the very least it provides a strong indicator of the purpose of the language guarantees in the *Charter*. By adopting the special constitutional language protection in the *Charter*, the federal government of Canada and New Brunswick have demonstrated their commitment to official bilingualism within their respective jurisdictions. Whether s. 16 is visionary, declaratory or substantive in nature, it is an important interpretive aid in construing the other language provisions of the *Charter*, including s. 19(2)."[31]

While the weight of authority supports the proposition that Section 19 (the right to use either English or French in the courts of New Brunswick or those established by Parliament) should be interpreted in the same manner as the relevant Sections 133 of the Constitution Act, 1867, or Section 23 of the Manitoba Act, 1870, Mr. Justice Richard saw no reason that other language rights provisions in the Charter should be reduced by way of interpretation to a bare minimum, to be supplemented by legislative initiatives. He was even of the view that no binding authority exists regarding the effect that Sections 16 and 20 might have on the interpretation of Section 19 of the Charter.

In his extensive reasons for judgment, Mr. Justice Richard reviewed key issues that emerge from Section 20, such as the meaning of the phrases "any member of the public", "institution of the legislature or government of New Brunswick", "the right to communicate", and "the right to receive services from". He found that police forces were government institutions at the service of the public, within the meaning of Section 20, and that a member of the public had the right to communicate with, and receive a response from, a member of such a force in the official language of his choice. Though a similarity existed between the delivery of a traffic ticket and the issuance of a summons within the meaning of Section 133 of the Constitution Act, 1867, he felt that the circumstances of the case before him, and the constitutional provisions invoked, were sufficiently different to justify his finding that language rights under Section 20 (supported by the principles in Section 16) had been breached. In his view, these

constitutional provisions required that a government institution not only communicate with members of the public in the language of their choice (as well as make an active offer of services in either language), but also be in a position to understand communications in either official language. This requires that reasonable means be undertaken to respect the underlying language right.

While Mr. Justice Richard's decision has been approved and applied by a judge of the New Brunswick Provincial Court, another judge of the Court of Queen's Bench has declined to follow it and issued a conflicting decision[32] declaring that the right to communicate with, and receive services from, a government institution does not apply to any pleading or in any process issuing from a court of New Brunswick. Since Section 19 of the Charter was clearly modelled on Section 133 of the Constitution Act, 1867, he felt that it should receive the same interpretation. Thus the decision in MacDonald was conclusive of the issue of the validity of a summons issued in only one official language, and any attempt to draw a distinction between a traffic ticket issued by the Highway Patrol of New Brunswick and a summons issued by a court in Quebec was unjustified. On the specific issue before him, i.e., the admissibility in evidence of a breathalyser certificate drawn up in English only, he adopted the narrow line of jurisprudence established by the Supreme Court for interpreting language rights in the judicial process. Nothing in Section 19 of the Charter could be said to require that evidence in a criminal trial be submitted in bilingual format or in the official language of the accused; and Sections 16 and 20 of the Charter were inapplicable to the situation. While it was true that the accused had a legislated right to a trial before a judge who spoke the official language of the accused,[33] this in no way altered the meaning and scope of Section 19 of the Charter.

One could, of course, attempt to distinguish these two decisions on the basis of their different facts -- one involving the issuance of a traffic ticket, the other concerning the use of a breathalyser certificate as evidence at a criminal trial. But even if one assumes that constitutional language rights related in some way to court procedures should not be interpreted by reference to Sections 16 and 20 of the Charter, the issues Mr. Justice Ritchie explored in his judgment remain pertinent to the clarification of such rights beyond the judicial process. Indeed, these two decisions agree with the proposition that provincial police forces in New Brunswick are engaged in providing a wide range of

services to the public.[34] With respect to these services (which do not relate to the issuance of a summons), members of a police force in New Brunswick would presumably be expected to respect the language rights set out in Section 20 of the Charter. The same is true of all other government institutions of New Brunswick.

Questions concerning "significant demand" and "nature of the office", which are applicable to federal government services other than those offered by a head or central office of a federal institution (or any of its offices and facilities in the National Capital Region), have been addressed in detail in regulations adopted, pursuant to the Official Languages Act, 1988, in December 1991. These regulations are complex and do not lend themselves to a short and easy analysis. However, they do reflect federal government efforts to implement through concrete measures the constitutional right to communicate with, and receive services from, federal institutions in either official language. The complaint resolution mechanism applies to them, as well as the right to seek a remedy before the Federal Court should the investigation and conclusions of the Office of the Commissioner of Official Languages be considered unsatisfactory. As with the provisions dealing with the language of work in federal institutions, constitutional litigation might be contemplated if any of the provisions set out in Part IV of the Act or the Regulations were considered to be restrictive of the underlying rights protected by Section 20 of the Charter.

Examples of potential issues include the question of whether Section 1 of the Charter (reasonable limits acceptable in a free and democratic society) could be used to narrow the scope of Section 20 of the Charter. For instance, could prohibitive financial costs involved in offering a particular service in both official languages be used to justify a decision to offer the service in only one official language? With respect to the definition of what constitutes an institution of the government of Canada, issues may arise regarding the duty of subsidiaries of Crown corporations to offer bilingual services to the public. While the Official Languages Act subjects wholly owned subsiduaries of Crown corporations to the same requirements as the parent company, subsiduaries which fall short of this 100% ownership rule escape any obligations in this regard. In appropriate circumstances (for example, where a Crown corporation has a 95% interest in a subsidiary) serious questions could arise about the applicability of Section 20 of the Charter. One might also wonder about the possibilities of a member of the public

seeking damages, as a remedy under Section 24 of the Charter, for the refusal to offer services in both official languages where such an offer was required. The complaint resolution process under the Official Languages Act, including recourse to the Federal Court, is currently being reviewed in the Étienne case. The Department of Justice takes the position that the provisions of the Official Languages Act do not allow for an award of damages. The Office of the Commissioner of Official Languages, however, is arguing that the provisions may in fact be broad enough to provide a basis for a remedy in damages. If the position of the Department of Justice prevails, one might still be able to argue for an award of damages under Section 24 of the Charter.

Beyond the issue of services offered by federal institutions themselves, concerns have been raised about how federal constitutional obligations could be affected by the delegation of administrative responsibilities under federal law to officials at the provincial level. It would appear that a wide range of agreements between the federal and provincial levels already exist, covering areas such as transportation, taxation, health services, immigration, and legal aid. One should also remember that current negotiations regarding constitutional reform have raised directly the issue of administrative delegation to the provincial level, though proposals so far have contained the proviso that such delegation would be subject to any obligations of the federal government regarding official languages. Nevertheless, the manner in which delegation takes place, and how delegated power is exercised, have the potential to raise important issues about full respect for language rights under Section 20 of the Charter.

(d) Language Rights and Schools

The constitutional right to a minority language education is one of the most important language rights protected by the Charter of Rights and Freedoms. The health and vitality of the English- or French-speaking minorities depend in large part on access to educational institutions which reflect the identity and aspirations of those who belong to either group. Without schools, members of official language minorities would lose the institutional framework most essential to the transmission of their language and culture to a younger generation. In this sense, the very survival of a minority as an identifiable group in the broader society is placed in question by educational systems that restrict the establishment and growth of minority language education.

Section 23 of the Charter addresses the issue of access to minority language education in some considerable detail. Unlike other Charter rights which apply universally, Section 23 provides precise criteria to determine those persons who are entitled to claim a general right to have their children receive primary and secondary school instruction in a minority official language. Two main categories of Canadian citizens are so entitled:

(i) those whose first language learned and still understood is that of the English or French linguistic minority population of the province in which they reside; or

(ii) those who have received their primary school instruction in Canada in English or French and reside in a province where that language is in a minority position.

In addition, the question of continuity of language of instruction for all children of the same family is guaranteed in Section 23(2), so that where children have received or are receiving primary or secondary school instruction in English or French in Canada, all brothers and sisters are entitled to instruction in that language as well. It is also important to remember that category one (the "mother tongue" criterion) set out above is not in force in the province of Quebec, resulting in entitlement criteria that are narrower in Quebec than in the rest of the country.

The issue of entitlement generated the first Supreme Court decision, Attorney General Quebec *v.* Quebec Protestant School Boards,[35] regarding the interpretation of Section 23 of the Charter. At issue were provisions in the French Language Charter that restricted access to English language education at the primary and secondary level (with certain qualifications) to children whose mother or father had received primary school instruction in English in Quebec. It was difficult to deny that the French Language Charter in this regard conflicted with the second entitlement category set out above. Despite arguments based on Section 1 of the Charter, the Supreme Court did not hesitate to affirm the inviolability of the rights set out in Section 23. In effect, the Court ruled that no legislature could unilaterally alter the entitlement criteria in Section 23 so as to diminish the constitutional right to minority language education.

Nevertheless, the fact that entitlement criteria focus on the mother tongue of the parents, or the language in which the parents received their primary education, raises the issue of the language ability of children enrolled in minority language education. As is sometimes the case, admission to minority language education may be restricted to

children who already have a good knowledge of the minority language. Rules of this nature seem to be based on the need to ensure that instruction can take place in the minority language without undue disruption and delays caused by the lack of language ability of some students, or to protect the linguistic homogeneity of the minority language class or school. Yet, whatever the rationale, such rules remain problematic to the extent that they deprive parents who meet the entitlement criteria under Section 23 of the right to have their children receive primary and secondary instruction in the minority language.[36] If such rules can be construed and applied without denying the rights under Section 23, if they can be said to add to the scope of persons eligible to claim the rights, no conflict would arise.[37] Given the high rates of assimilation of Francophone minorities in various parts of the country, it is perhaps not surprising that some children would be very weak in the mother tongue of one or both of their parents. Full respect for Section 23 might well require, as a result, that special classes be established whose purpose would be to improve the language skills of such children to the point that they could profitably receive full instruction in the minority language. This issue remains unresolved.

Beyond the question of the constitutional validity of legislative provisions that stand in flagrant contradiction of the entitlement criteria found in Section 23 of the Charter lie a host of substantive issues surrounding the actual content of Section 23 rights. The general right of Canadian citizens to have their children receive primary and secondary school instruction in a minority official language is qualified by a two-tiered "where numbers warrant" test found in Subsection 23(3). There it is provided that the general right applies wherever in a province:

(a) "...the number of children of citizens who have such a right is sufficient to warrant the provision to them out of public funds of minority language instruction; and

(b) includes, where the number of those children so warrants, the right to have them receive that instruction in minority language educational facilities provided out of Public funds."

As can be appreciated, instruction in the minority language may take place without the allocation of a separate building devoted exclusively to it. Clearly the kind of physical facility is somehow linked to the numbers of students in question. As that number

increases, so do the arguments in favour of totally separate facilities. Paragraph (b) above suggests that a point will be reached when numbers are sufficient to warrant the provision of minority language schools in facilities completely separate from schools giving instruction in the majority official language. But, besides the physical parameters, questions also arise regarding the scope of courses that must be offered in the minority language, the overall type of program, resources that must be made available, mandatory second-language training, as well as the role of parents in the overall operation and content of minority language education.

Litigation supported by the Court Challenges Program was initiated in almost every provincial jurisdiction regarding the proper interpretation and implementation of Section 23. This was made necessary by the lack of provincial initiative to respond adequately to the constitutional recognition of minority language rights in 1982. In some instances litigation was sparked by the refusal of public officials to offer instruction in the minority language (usually based on the claim that the numbers did not warrant it); in others by the allegedly unfair allocation of resources to minority language education; in others by the refusal to recognize the role of parents in the management and control of minority language education and facilities; in others by the insistance of local school board officials that children of eligible parents be enrolled in French immersion classes or be bused to a school in another district; in others by a refusal of school board officials to establish separate facilities for minority language education (again, on the basis that numbers did not warrant it). Litigation proliferated because of the myriad circumstances in which members of minority language communities found themselves, a factor which could be used by one jurisdiction to distinguish the relevance of a case being pursued in another. In addition, the very words of Section 23 lent themselves to a variety of interpretations, adding a further level of uncertainty to that created by the complexity of the facts themselves.

Litigation involving Section 23 raised a very serious question about the interpretive philosophy that would be used in construing it. As already discussed in regards to bilingualism in the legislative and judicial processes, the Supreme Court had developed two very different approaches to interpreting constitutional language rights. The narrow, literal approach to interpretation was viewed with considerable favour by a number of

provincial supreme courts. The point of departure for this approach could be found in the decision of the Supreme Court of Canada in Société des Acadiens du Nouveau Brunswick et al. *v.* Association of Parents, where it was said:

> "Unlike language rights which are based on political compromise, legal rights tend to be seminal in nature because they are rooted in principle....
>
> "Language rights, on the other hand, although some of them have been enlarged and incorporated into the *Charter* remain nonetheless founded on political compromise.
>
> "This essential difference between the two types of rightsdictates a distinct judicial approach with respect to each. More particularly, the courts should pause before they decide to act as instruments of change with respect to language rights. This is not to say that language rights provisions are cast in stone and should remain immune altogether from judicial interpretation. But, in my opinion, the courts should approach them with more restraint than they would in construing legal rights."[38]

Where the legal issue before a court was the right of parents, who met the entitlement criteria under Section 23, to manage and control minority language instruction and schools, a matter that was not explicitly resolved on the face of that Section, a narrow approach to interpretation could easily have led to a finding that such a right did not exist. This, in fact, was the result in Reference Re Section 79(3), (4) and (7) of the Public Schools Act of Manitoba,[39] before the Manitoba Court of Appeal. A similar approach was taken before the Alberta Court of Appeal in Mahé et al. *v.* Alberta,[40] though the court did find that Section 23 (3)(b) offered a minority language group the right to control an independent school system, where numbers warrant. But, in the court's view, the numbers did not justify such a finding, in part because the minority group had not proven that the right could be implemented at reasonable cost. The cautious, restrained approach to interpretation was approved of by the Court of Appeal of Prince Edward Island in Reference Re Minority Language Educational Rights (P.E.I.).[41]

Others courts declined to follow a narrow, literal approach to the interpretation of Section 23 rights. Noteworthy here is the Ontario Court of Appeal in Reference Re Education Act of Ontario and Minority Language Education Rights,[42] which characterized Section 23 as essentially remedial in nature. Such a finding had been

made already by the Supreme Court of Canada in its first decision on Section 23 dealing with the entitlement criteria, mentioned above. The Court of Appeal of Ontario adopted the view that remedial laws should be given a liberal interpretation. This is all the more crucial when dealing with a provision in the Charter, which should not be stultified by a narrow, technical, or literal interpretation without regard to its background and purpose. This approach was adopted by the Court of Appeal of Nova Scotia in Lavoie et al. *v.* Nova Scotia[43].

All the cases cited received financial assistance for legal costs from the Court Challenges Program. Although a variety of issues were pursued in each case, the matter of what general approach should be taken in interpreting Section 23 was relevant to all. The Supreme Court of Canada ultimately had the opportunity to settle this question in the Mahé case, in which judgment was brought down in March 1990. Picking up on its original characterization of Section 23 as remedial in nature, the Court made it clear that a narrow interpretation was inappropriate. In its view, the purpose of Section 23 was "...to correct, on a national scale, the progressive erosion of minority official language groups and to give effect to the concept of the equal partnership of the two official language groups in the context of education."[44] Moreover, the Court recognized that the very nature of Section 23 rights created correlative obligations on governments:

> "Section 23 confers upon a group a right which places positive obligations on government to alter or develop major institutional structures. Careful interpretation of such a section is wise: however, this does not mean that courts should not 'breath life' into the expressed purpose of the section, or avoid implementing the possibly novel remedies needed to achieve that purpose."[45]

The rejection by the Supreme Court of a narrow, literal approach to interpreting Section 23 was a major and important achievement, one that has set a framework in place that will have a positive impact on issues arising from that section that remain outstanding, and are being pursued in numerous other cases.

The Supreme Court decision in Mahé also provided guidance with respect to the major substantive issue before it, namely, the right of qualified parents to manage and control minority language education and schools. In approaching this question, the Court determined that it was important to avoid strict numerical thresholds which would

activate, on the one hand, a right to only minority language "instruction" (Subsection 23 (3)(a)), and on the other, a right to minority language "educational facilities" (Subsection 23 (3)(b)). In its own words:

> "...section 23 should be viewed as encompassing a "sliding scale" of requirement, with subs. (3)(b) indicating the upper level of this range and the term "instruction" in subs. (3)(a) indicating the lower level. The idea of a sliding scale is simply that s. 23 guarantees whatever type and level of rights and services is appropriate in order to provide minority language instruction for the particular number of students involved."[46]

Those rights and services include a measure of management and control by the parents concerned,[47] though the exact modalities for implementing such rights are left to public authorities. Where numbers warrant, this may require an independent school board, but "...where numbers do not warrant granting this maximum level of management and control, they may nonetheless be sufficient to require linguistic minority representation on an existing school board." Where this is the case, the Supreme Court set out a number of rules and standards that must be met:

(1) The representation of the linguistic minority on local boards or other public authorities which administer minority language instruction or facilities should be guaranteed.

(2) The number of minority language representatives on the board should be, at a minimum, proportional to the number of minority language students in the school district, i.e., the number of minority language students for whom the board is responsible.

(3) The minority language representatives should have exclusive authority to make decisions relating to the minority language instruction and facilities, including:

    (a) expenditures of funds provided for such instruction and facilities;

(b) appointment and direction of those responsible for the administration of such instruction and facilities;

(c) establishment of programs of instruction;

(d) recruitment and assignment of teachers and other personnel; and

(e) making of agreements for education and services for minority language pupils.

Despite the detail found in this judgment, the Supreme Court recognized that future litigation based on Section 23 is virtually unavoidable. The general requirements set down by the Court must be implemented, though the modalities have been left to provincial authorities, and that will undoubtedly lead to differences of view as to whether the requirements have been met. As regards the issue of management and control, the Court was careful to emphasize that its decision was only meant "to cover the degree of management and control which, short of a separate school board, is required under Section 23 where the number of Section 23 students is significant enough to warrant moving towards the upper level of the sliding scale. Other degrees of management and control may be required in situations where the numbers do not justify granting full rights of management and control. What is required in any case will turn on what the numbers warrant."[48]

Given that the numbers in the case before it were sufficient to trigger the detailed rules and standards pertaining to management and control set out above, what impact does this have on legislation that fails to provide an adequate framework for their implementation? The Court indicated its reluctance to declare legislation invalid, and thus to create a legal vacuum, unless such legislation had the effect, either directly or indirectly, of preventing the realization of a Charter right. In Mahé it determined that

the existing Alberta legislation was not necessarily a bar to the realization of Section 23 rights. (The real obstacle was the inaction of the public authorities.) But while the government could have implemented a scheme within the existing legislation to satisfy the Section 23 rights at issue, it had not done so. This prompted the Court to make the following statement:

> "Once the Court has declared what is required in Edmonton, then the government can and must do whatever is necessary to ensure that these appellants, and other parents in their situation, receive what they are due under s. 23. Section 23 of the *Charter* imposes on provincial legislatures the positive obligation of enacting precise legislative schemes providing for minority language instruction and educational facilities where numbers warrant. To date, the legislature of Alberta has failed to discharge that obligation. It must delay no longer in putting into place the appropriate minority language education scheme."[49]

What the Court might do should there be further inaction was not clearly stated.

While the Mahé decision provides important ground rules for the future interpretation of Section 23, it has not obviated the need for any further litigation. Even the Supreme Court recognized that "it is impossible at this stage in the development of s. 23 to foresee all of the circumstances relevant to its implementation."

Cases that began before the Supreme Court decision in Mahé, for which we now have judgment, have raised issues that still are not fully resolved. The case of Commission des Écoles Fransaskoises et al. *v.* Saskatchewan,[50] for example, addresses the issue of the relationship between territorial boundaries of existing school divisions and the calculation of the number of children of persons interested in minority language education. This is crucial in almost every case, for the calculation of the number of persons involved determines the level of educational services under Section 23 to which they have a right. The Court of Queen's Bench in Saskatchewan rightly determined that legislative schemes that calculate the numbers by reference to existing boundaries may limit or deny the rights under Section 23, in the sense that the grouping of children of eligible parents living just beyond a given boundary with those living within could very

well result in the recognition of a significant level of minority language education rights. On the other hand, to exclude the number of children of eligible parents living outside the existing boundaries could lead to the erroneous conclusion that the numbers did not warrant the provision of instruction in the minority language, or the giving of that instruction in minority language educational facilities.

The Supreme Court of Canada in Mahé has endorsed this approach, ruling that the relevant numbers should be calculated on a local basis but not restricted to existing school boundaries. It did not impose, however, any particular legislative or regulatory scheme for ensuring that a proper calculation be done. While this meant that litigation in this area could very well arise in the future, the Court considered this unavoidable. In its own words: "The great variety of circumstances which may face the courts shows why a rigid formula for implementing s. 23 should be avoided."[51]

In general terms, the Supreme Court in Mahé determined that "the relevant figure for s. 23 purposes is the number of persons who will eventually take advantage of the contemplated programme or facility." In making this calculation public authorities must operate within two parameters:

- the known demand for the service; and

- the total number of persons who potentially could take advantage of the service.

The case of Lavoie et al. *v.* A.G. Nova Scotia[52] provides a good example of the difficulties involved in applying the "where numbers warrant" test. In an effort to provide evidence of the number of children motivating a request for the provision of minority language education, the plaintiff led evidence in the form of a professional study of the number of children actually eligible for instruction in the minority language. While the report concluded that some 300 to 400 children would be eligible, the trial judge found it inconclusive, principally because it had been prepared without the school board having proposed a specific location for the facilities or a synopsis of the curricula that would be offered. He therefore ordered that the school board prepare a program of French-language instruction, designate a suitable educational facility where the instruction would be provided, and then proceed to conduct a pre-registration. A dispute between the parties about the proposed site of a school required a further intervention

by the trial judge, who determined that the proposed site was not a reasonable choice. After the school board had chosen another site, the pre-registration was conducted in the community concerned. As the results revealed that only 46 students had registered (for grades 1 to 8), the school board and the Minister of Education of the province concluded that the numbers did not warrant the provision of instruction in the minority language, let alone a separate facility, a conclusion endorsed by the trial judge.

While this decision was overturned in part by the Nova Scotia Court of Appeal (which concluded that the numbers revealed by the pre-registration confirmed at least the right to minority language instruction, if not separate facilities), one could raise serious questions as to whether the parameters established by the Supreme Court of Canada for determining sufficient numbers would, if they were now applied to the facts of this case, result in a different conclusion. Not only do the conditions under which the pre-registration took place seem dubious, the court also seems to have thought that the results achieved were determinative of the issue. Is this compatible with the Supreme Court's view that the total number of persons who could *potentially take advantage of the service* is an important parameter in determining if numbers warrant?

Further litigation generated by the interpretation and application of the "where numbers warrant" test can obviously be expected. But there are other sources, as well. The manner in which resources in the educational system are allocated is a good case in point. Questions have been raised as to the validity of Ontario legislation which, while providing for the establishment of independent French-language school boards divided into public and Catholic sections, allows for the acquisition of new facilities by one section only at the expense of the other. The same legislation also establishes the presumption that, absence a declaration to the contrary, a taxpayer is presumed to support the predominantly Anglophone public school system. A specific application of this rule involves the division of property taxes paid by business enterprises. Where any business fails to notify the proper authorities that it wishes to support the separate school system, its property taxes are automatically allocated to the public school system. Moreover, even where a corporation indicates it wishes to support the separate school system, such support is limited to an amount proportional to the number of its Catholic shareholders. With respect to individual taxpayers, Ontario legislation does not allow a non-Catholic to contribute to the support of the separate school system, even where all Francophones, regardless of their religion, wish to combine their forces with a view to

strengthening the quality of instruction in the French language. The validity of these provisions is questioned in a number of cases receiving financial assistance from the Court Challenges Program. At issue is access to a fair and equitable proportion of resources necessary for the support of minority language education. Given that Section 23 gives effect to the "concept of the equal partnership of the two official language groups in the context of education", and that the minority group is entitled to "publicly funded" minority language education, these cases will be of great assistance in clarifying the scope of the constitutional rights.

The interrelationship of minority language education rights under Section 23 of the Charter and confessional rights guaranteed under Section 93 of the Constitution Act, 1867, and other parallel constitutional provisions, raises complex and difficult legal issues, as was recognized by the Supreme Court of Canada in the Mahé decision.[53] The support that the Court Challenges program is currently providing for cases in this area will obviously help to clarify how these rights should and can be harmonized.

The "sliding scale" approach to Section 23 rights enunciated by the Supreme Court in Mahé also provides ripe ground for further litigation. Management and control rights in Mahé relate to the upper level of that sliding scale, just short of the creation of separate French-language school commissions or boards. The Court Challenges Program is already supporting a case which focuses on the validity of provisions in Ontario legislation which give only a consultative role, and no decision-making authority, to French-language committees. It remains uncertain whether the Supreme Court meant to say that the type of management and control rights linked to the lower portion of the "sliding scale" would involve no decision-making power. But even beyond the specifics of this case, one can expect frequent disagreements to arise as to the effective scope of management and control rights at each stage along the descending slope.

The Supreme Court made it clear in Mahé that governments must do whatever is necessary, including enacting precise legislative schemes, to meet their obligations to provide an appropriate institutional framework for the implementation of Section 23 rights. Experience has shown, however, that public officials are slow in responding. For this reason, the Court Challenges Program has been interested in supporting cases of continued violation of constitutional language rights which seek new remedies under the Charter beyond a simple declaration that rights have been breached. Continued refusal

to effect changes in educational systems has thus prompted the program to support two cases for preparation at the trial of first instance, where the parties intend to press for punitive damages to be awarded for breach of Section 23. The development of the law with respect to possible remedies for breach of constitutional rights is of great significance with respect to the effective implementation of language rights in general.

5- Summary of Unresolved Issues

The preceding overview of litigation relevant to the language rights component of the Court Challenges program, while not purporting to cover every possible detail, has revealed areas where the scope of rights remains uncertain, in particular as relates to Sections 16, 20, and 23 of the Charter. And while the meaning of constitutional language guarantees in the legislative and judicial processes benefits greatly from a substantial body of case law, not every question has received a final answer.

As reviewed in detail in the previous Section, minority language education rights under Section 23 of the Charter will undoubtedly give rise to future litigation. This was explicitly recognized by the Supreme Court of Canada in the Mahé decision. Since the degree of management and control of minority language education by members of the minority varies as a function of what the numbers warrant, it may be difficult to avoid disputes about whether the modalities chosen by a province to give effect to Section 23 are valid. The decision in Mahé has provided no guidelines to use in determining when, as a function of numbers, a minority community will pass from one level of control and management to another, nor an idea of what those different levels might be. Even short of management and control issues, disagreements about how to calculate numbers in the first place, and whether the numbers calculated justify the provision of separate facilities, will not be easy to resolve and will heighten the potential for litigation.

The allocation of resources for the provision of minority language education represents another ripe area for litigation. The underlying principle of access to a minority language education of equal quality to that of the majority will obviously have repercussions across a wide spectrum of financial issues. The courts may very well have to intervene to resolve contentious issues, some of which may involve the manner in which resources are divided between separate denominational schools and minority

language schools. The need to harmonize denominational versus minority language education rights was recognized by the Supreme Court as an area where future decisions may be necessary. But, even more generally, the level of funding made available for minority language education, and decision-making processes relevant thereto, provide fertile ground for future legal action.

Separate facilities mean of course that they reflect the language and culture of the minority (a principle applicable to minority language instruction as well). Since Section 23 rights apply to parents who meet the entitlement criteria, the question has arisen as to whether the State has a responsibility to provide some form of initial language skills upgrading to children of eligible parents who have difficulty in the minority language. The need to ensure the linguistic homogeneity of minority language schools or instruction, and the remedial nature of Section 23, would certainly argue in favour of recognizing such an obligation on the State. This issue and other questions related to the linguistic and cultural homogeneity of minority schools could give rise to litigation.

Finally, the difficulties encountered in ensuring respect for Section 23 have raised the issue of what remedies, other than a simple declaration that rights have been breached, might be available for continued violation of language rights under the Constitution. In addition to commissioning a legal study of the problems involved in establishing a form of civil liability for breach of language guarantees, the Court Challenges Program has supported two cases where the plaintiffs intend to press for some form of punitive damages as compensation for the violation of minority language education rights. Clearly the evolution of the law with respect to this issue would have significant repercussions on the implementation of constitutional language guarantees in general, and possibly with respect to other Charter rights as well.

With respect to courts, the existence of a legislated right to a trial before a judge (or judge and jury), as well as to have a prosecutor who speaks the official language of the accused, has raised the issue of how to harmonize it with constitutional rights under Section 133 of the Constitutional Act, 1867, Section 23 of the Manitoba Act, 1870, and Section 19 of the Charter. Recent litigation in Quebec has demonstrated how this can become a contentious issue. Since the legislated right effectively enlarges the language rights of an accused person, minority language communities would legitimately be concerned about constitutional arguments which place its scope in question. The legislated right also raises the issue of its impact on the interpretation of other Charter

rights relevant to the criminal process, such as the right to be tried within a reasonable time, the right to a fair and impartial hearing, the right to be informed of the reasons for detention, or the right to an interpreter. There is also the matter of federal statutes being administered by provincial courts, two notable examples being bankruptcy and divorce. Would it be possible to argue successfully that the administration of federal law by a provincial court implies that either official language could be used in the process? Or would such language rights be confined to federal courts (or those of Manitoba, Quebec and New Brunswick) as the clear wording of Section 133 indicates?

Some of the borderline questions involving legislative bilingualism may in fact involve the issue of bilingual services to the public captured under Section 20 of the Charter. For example, we have seen how the courts interpreted Section 133 and parallel provisions to require that rules of practice of courts subject to these provisions be published in both official languages. Quasi-judicial tribunals were considered to be covered by the provisions as well, given the vast increase of the importance of administrative law. Since the distinction between quasi-judicial tribunals and other decision-making bodies under a duty to act fairly is becoming increasingly blurred, should these latter bodies be required as a matter of constitutional law to make their rules of practice available in both English and French? If so, does this requirement flow from rules developed for mandatory bilingualism in the legislative process or from Section 20 of the Charter dealing with services to the public?

Section 16 (equality of status of English and French and their equal rights and privileges) and Section 20 (right to government services in either official language) provide fresher territory for judicial interpretation. Little in the way of case law has been developed relating to the precise meaning of these Sections, leaving the way open for a number of legal arguments. As already explained, questions have been raised about whether Section 16 is broad enough to support the right to work in either official language in the Public Service of Canada or of the province of New Brunswick. Or is it merely symbolic and incapable of supporting specific constitutional rights enforceable in a court of law? As already pointed out, Section 34 of the Official Languages Act, 1988, recognizes the right of officers and employees of federal institutions to use either official language in accordance with the rules established in the legislation. One can only presume that this legislated right was inspired by the declaration of equality of status and equal rights of the English and French languages in all institutions of the Parliament and government of

Canada, found in Section 16 of the Charter. Though the legislation contains specific limitations on a general right to work in either language, it would seem reasonable to rely on the complaint resolution process provided for in the Act, and the possibility of legal recourse before the Federal Court, to provide initial guidance as to how the right should be implemented. Constitutional litigation could be contemplated where the restrictions placed on the right are considered violative of the underlying principle of equality found in Section 16 of the Charter.

The issue of what exactly constitutes an "institution of the Parliament and government of Canada" or "of the legislature and government of New Brunswick" is common to both Section 16 and Section 20, though the consequences will obviously vary. With respect to communications with and services to the public at the federal level, the Official Languages Act provides a definition of which institutions are covered. These include the Senate, the House of Commons, the Library of Parliament, any federal court, a department of the government of Canada, a Crown corporation established by or pursuant to an Act of Parliament (and any wholly owned subsidiary), or any board, commission or council, or other body or office, established to perform a governmental function by or pursuant to an Act of Parliament or by or under the authority of the Governor in Council, or any other body which is specified by an Act of Parliament to be an agent of Her Majesty in right of Canada or to be subject to the direction of the Governor in Council or a Minister of the Crown. The implementation of Part IV of the Act (communications with and services to the public) may give rise to disagreements about whether a given body lies within the definition of federal institution, though the dispute resolution mechanism under the Act should be favoured to deal with them in the first instance. One can not exclude a priori recourse to constitutional litigation in appropriate cases, but this should be contemplated as a final resort. As already mentioned, the matter of subsidiaries of Crown corporations may give rise to disputes where the latter's interest in the subsidiary is very substantial yet falls short of the 100% rule.

The concepts of "significant demand" and "nature of the office" are naturally problematic, though the Regulations under the Official Languages Act, 1988, most of which will come into force in December 1992 provide considerable detail as to what the federal government considers their scope to be. Beyond head and central offices, and offices and facilities in the National Capital Region, these two concepts are crucial in determining the effective scope of the right to communicate with and receive services

from federal institutions. As with other elements in the Act and the Regulations, the detail that is offered with respect to the interpretation of key phrases found in Section 20 of the Charter argues in favour of using, in the first instance, the dispute resolution mechanism found in the Act and the possibility of legal recourse before the Federal Court. The initiation of constitutional litigation, a possibility that exists independently of the Official Languages Act, should not of course be ignored, especially should experience with the implementation of provisions under the Act reveal them to be restrictive of constitutional rights under Section 20 of the Charter.

In the area of service to the public, it has never been judicially determined if constitutional language guarantees can be avoided by the delegation of federal administrative responsibilities to provincial agencies. This issue should be kept in mind when considering administrative delegation currently in place, and any future increase of delegation from the federal to the provincial level. Section 25 of the Official Languages Act directs, where any person or organization provides services on behalf of a federal institution, that those services should be available in both official languages to the same extent had the federal institution provided them itself. It is not clear on the face of this section if it was meant to cover provincial government agencies.

6- Conclusion: Premature End to a Process

For more than a decade the Court Challenges Program provided much needed financial assistance for the legal costs involved in important language rights litigation. Without such assistance, it is doubtful that we would benefit from the breadth of case law now available. The costs of litigation represent a very real barrier to gaining access to the courts in order to seek redress for alleged violations of constitutional rights. As the overview of litigation supported by the Court Challenges Program has shown, the scope of language rights is often very much related to the positive obligations they impose on governments. While court decisions have not always recognized broad correlative obligations on the State arising from constitutionally protected language rights, even narrow interpretations have proved to be a catalyst for legislative reform intended to fill the gaps.

The length of the litigation process, from first instance to the Supreme Court of Canada, requires considerable stamina on the part of individuals and groups who initiate legal action. The psychological and social resources needed to see the process through to its end are, in themselves, a very real price that must be paid. This makes the provision of financial assistance for legal costs all the more important to the successful conduct of cases pursued out of principle rather than motivated by the prospect of private gain.

The number of potential and unresolved issues related to the full implementation of constitutionally protected language rights is not insignificant. And while the Official Languages Act and Regulations, coupled with its legal recourse to the Federal Court, represent important initiatives regarding the effective implementation of a number of language rights, this does not completely obviate the need for constitutional litigation in all cases. Moreover, the crucial area of minority language education rights is beyond the reach of that legislation. The questions that remain outstanding in that one area alone underscore the need to continue to provide financial assistance to important, future litigation.

The experience of the Court Challenges Program has shown that the process of seeking legal clarification of constitutionally protected language rights, and ensuring their full respect and implementation, extends over many years. In a very real sense, one must see the interpretation of such rights as in constant evolution, not fixed and complete at any one point in time. While the contours of a given right become clearer as court decisions accumulate, there always seems to be room for new circumstances to extend our understanding a bit further. Even the words chosen by a judge to express a particular decision become themselves subject to subsequent interpretation. One need only turn to the comments of the Chief Justice of the Supreme Court of Canada in the Mahé decision to confirm that the full meaning of constitutional language rights must be situated within an on-going, evolutive process. After having described the type of management and control enjoyed by members of an official language minority over minority language education, the Chief Justice remarked: "I do not doubt that in future cases courts will have occasion to expand upon or refine these words. It is impossible at this stage in the development of s. 23 to foresee all of the circumstances relevant to its implementation."[54]

This report has shown that many language rights protected under the Constitution raise questions of interpretation and implementation that have yet to receive final answers. The adverse consequences of the disappearance of the Court Challenges Program are therefore clear. Henceforth, a heavy financial burden will be imposed on individuals and groups who wish to gain access to the courts as the ultimate means to enforce constitutional language guarantees. Unfortunately, many people may find such a deterrent too difficult to overcome in their struggle to see language rights implemented and fully respected.

1. Both these decisions remained unreported in law journals but were recognized as extant by the Supreme Court of Canada in 1985. See *Re Manitoba Language Rights* [1985] 1 S.C.R. 721.

2. [1979] 2 S.C.R. 1032. The decision of the Manitoba Court of Appeal is reported at [1979] 4 W.W.R. 229.

3. [1979] 2 S.C.R. 1019

4. [1981] 1 S.C.R. 312

5. [1985] 1 S.C.R. 721

6. *Bilodeau* v. *A.G. Manitoba* [1986] 1 S.C.R. 449

7. Ibid., p. 739

8. Ibid., p. 744

9. Ibid., p. 744

10. [1985] 2 S.C.R. 347

11. *Re Manitoba Language Rights (A Special Hearing)*. Judgment delivered January 3, 1992

12. As to the form of an instrument, the Court ruled that it partakes of a legislative nature when it is, pursuant to legislation, enacted by the Government or made subject to the approval of the Government.

    As to the content and effect of an instrument, the Court ruled that the following are indicative of legislative nature:

    (i) The instrument embodies a rule of conduct;

(ii) the instrument has the force of law;
(iii) the instrument applies to an undetermined number of persons.

The Court laid down these ground rules before turning to the very detailed list of documents submitted for its decision.

13. *Supra*, note 11

14. In the Court of Appeal of Quebec: [1985] C.A. 559
In the Supreme Court of Canada: [1990] 1 R.C.S. 260

15. [1986] R.J.Q. 2586 (C.S.), reversed by [1990] R.J.Q. 309 (C.A.); C.A. decision affirmed by Supreme Court of Canada, Feb. 27, 1992.

16. [1986] 1 S.C.R. 449

17. [1988] 1 S.C.R. 234. The implications of s. 110 were also raised in *Paquette* v. *R.* (1987) 46 D.L.R. (4th) 82; *R.* v. *Lefebvre* (1991) 1 W.W.R. 336; *Tremblay* v. *The Queen* (1985) 20 C.C.C. (3rd) 454.

18. *Supra*, note 11

19. [1986] 1 S.C.R. 460

20. [1986] 1 S.C.R. 449

21. (1985) 1 W.W.R. 249

22. [1986] 1 S.C.R. 549

23. See: *R.* v. *Paquette* (1987) 46 D.L.R. (4th) 82; *Tremblay* v. *The Queen* (1985) 20 C.C.C (3rd) 454; *R.* v. *Lefebvre* (1991) 1 W.W.R. 336; *R.* v. *Mercure* [1988] 1 S.C.R. 234.

24. *MacDonald* v. *City of Montreal*, *Supra*, note 19, at p. 496

25. See: *R.* v. *Paquette*, *supra*, note 17; *Ringuette* v. *A.G. Canada and A.G. Newfoundland* (1987) 33 C.C.C. (3rd) 509; *Re French Language Rights of Accused in Saskatchewan*, Criminal Proceedings, [1987] 5 W.W.R. 597.

26. *R.* v. *Cross* [1991] R.J.Q. 1430; *R.* v. *Montour* [1991] R.J.Q. 1470

27. *R.* v. *Allain* (1991) 70 Man. R. (2nd) 161

28. *R.* v. *Boudreau*, *infra*, note 32

29. The Chief Justice of the Supreme Court of Canada indicated in *Société des Acadiens* v. *Association of Parents* that this issue remains unresolved:

> "In the context of this appeal we need not resolve all of the ancillary issues which will arise under s. 19. In particular, we need not determine whether the assistance of interpreters or simultaneous translation would meet the requirement that a litigant be understood by the court.... No evidence was adduced as to the effectiveness of interpreters or of simultaneous translation, in the context of s. 1 of the *Charter* or otherwise. No argument was addressed to this point and indeed counsel specifically requested that the Court refrain from deciding this issue in this case." *Supra*, note 22, at p. 559.

The majority decision in the same case indicated that any issue about the duty of the court to take reasonable means to understand the proceedings, evidence and arguments, regardless of the official language used by the parties, was related to general principles of natural justice rather than deducible from s. 19 of the *Charter*.

30. *R.* v. *Gautreau* (1990) 60 C.C.C. (3rd) 332

31. *Société des Acadiens* v. *Association of Parents* [1986] 1 S.R.C. 549, at page 566.

32. *R.* v. *Boudreau* (1989) 103 N.B.R. (2ND) 104; overturned for reasons unrelated to Sections 16 and 20 by N.B. Appeal Court, (1991) 25 M.V.R. (2ND) 103

33. This is found in s. 462.1 of the *Criminal Code*.

34. In *Boudreau*, Mr. Justice Deschênes said:

> "D'abord, je devrais dire que je partage l'opinion exprimée dans Gautreau à l'effet que les corps policiers sont au service de la population et que leur travail ne se limite pas à la simple délivrance de sommations mais s'étend à plusieurs genres d'activités: secours d'urgence, protection, contrôle de la circulation, éducation populaire, pour en énumérer que quelques-unes'."
> (103 N.B.R., at p. 118)

35. [1984] 2 S.C.R. 66

36. See: *Re Minority Language Education Rights* (1984) 20 D.L.R. (3rd) 491; and *Re Reference Respecting The School Act, P.E.I. and Minority Language Education Rights* (1984) 69 N.F.L.D. & P.E.I.R. 236

37. See: *Lavoie* v. *A.G. Nova Scotia* (1989) 91 N.S.R. (2nd) 184

38. [1986] 1 S.C.R. 549, p. 578

39. [1990] 2 W.W.R. 289 (Manitoba Court of Appeal)

40. [1987] 6 W.W.R. 331

41. [1988] 69 Nfld. & P.E.I.R. 236

42. [1984] 10 D.L.R. (4th) 491

43. [1989] 58 D.L.R. (4th) 293

44. [1990] 1 S.C.R. 342, p. 364

45. Ibid., p. 365

46. Ibid., p. 366

47. It bears stressing that the court deduced the right to manage and control from the underlying purpose of Section 23. In its own words:

> "That purpose, as discussed earlier, is to preserve and promote minority language and culture throughout Canada. In my view, it is essential, in order to further this purpose, that, where the numbers warrant, minority language parents possess a measure of management and control over the educational facilities in which their children are taught. Such management and control is vital to ensure that their language and culture flourish. It is necessary because a variety of management issues in education, e.g., curricula, hiring and expenditures, can affect linguistic and cultural concerns. I think it incontrovertible that the health and survival of the minority language and culture can be affected in subtle but important ways by decisions relating to these issues." Pages 371-72 of its judgment.

48. Ibid., p. 379-80

49. Ibid., p. 393

50. (1988) 48 D.L.R. (4th) 315

51. *Supra*, note 44, at page 386.

52. (1988) 47 D.L.R. (4th) 586, for the decision of the Nova Scotia Supreme Court Trial Division; Court of Appeal judgment, March 29, 1989.

53. In this regard, the Supreme Court said:

> "I do not doubt that the rights of denominational school boards may, in some cases, result in limitations on the type of reorganization which might otherwise be required under s. 23. Denominational school guarantees could split up an eligible group of minority language students in such a way as to preclude the creation of a minority language school which would otherwise be required. But such a possibility, though unfortunate, does not affect the validity of the interpretation I have given to s. 23. It is also worth mentioning that because of the strong geographical congruence between denominational groups and minority language groups in Canada, it would be rare for such difficulties to arise. There do not appear to be any problems of this sort in the case before us and I think it would be better to deal with such problems if and when they arise."

See pages 383-84 of its judgment.

54. *Supra*, note 44, at page 378.

Les droits linguistiques et le Programme de contestation judiciaire

RÉALISATIONS DU PROGRAMME ET INCIDENCE DE SON ABOLITION

Rapport présenté au
COMMISSAIRE AUX LANGUES OFFICIELLES

par
Richard Goreham,
B.A., LL.B., LL.M.

N° de cat. SF31-18/1992
ISBN 0-662-59330-8

Les droits linguistiques et le Programme de contestation judiciaire Réalisations du Programme et incidence de son abolition

L'annonce de l'abolition du Programme de contestation judiciaire, le 27 février dernier, a incité le Commissaire aux langues officielles à exprimer ses vues quant à l'incidence éventuelle que cette décision pourrait avoir sur la protection de la dualité linguistique au Canada. Le document qui suit est le résumé d'un rapport rédigé au mois d'août 1992 par Me Richard Goreham, à la demande du Commissaire, pour évaluer les réalisations accomplies par le Programme au cours de son existence au niveau de la clarification et du respect des droits linguistiques et pour démontrer l'incidence que son abolition pourrait avoir sur ces droits.

Les droits linguistiques et
le Programme de contestation judiciaire
Réalisations du Programme et incidence de son abolition

Résumé

L'abolition du Programme de contestation judiciaire a entraîné la disparition d'une ressource essentielle qui, par le passé, a permis de soumettre aux tribunaux d'importantes questions de principe et d'intérêt public. En effet, l'objectif premier du Programme était de déployer des efforts afin de clarifier le sens actuel des différents droits linguistiques et de mener un combat afin d'assurer leur plein respect et leur mise en oeuvre.

Le document qui suit passe en revue les catégories de droits linguistiques protégés par la **Constitution**. Il met en relief les effets positifs des recours aux tribunaux, qui ont été le plus souvent appuyés financièrement par le Programme, sur l'interprétation et la mise en oeuvre de ces droits. Enfin, il fournit un cadre qui permet de relever certaines questions linguistiques non encore résolues pour illustrer l'incidence que cette abolition aura sur l'effort déployé par les communautés linguistiques minoritaires pour faire pleinement respecter leurs droits et assurer leur mise en oeuvre.

I- Clarification et mise en oeuvre des droits linguistiques :

A) Législatures (article 133 de la *Loi Constitutionnelle de 1867*, article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* et article 17 et 18 de la *Charte*) :

Les garanties linguistiques constitutionnelles relatives aux procédures législatives ont bénéficié jusqu'à maintenant d'un nombre substantiel de causes indiquant le sens qu'on devait leur donner. Une interprétation large et libérale a été élaborée par la Cour suprême du Canada et appliquée aux exigences linguistiques devant les législatures du Manitoba et du Québec, ainsi que devant le Parlement canadien. Ainsi, la Cour a clarifié dans ce domaine les questions suivantes :

- Les droits linguistiques prévus à ces articles sont inviolables et ne peuvent être modifiés unilatéralement par les gouvernements.

- L'exigence linguistique relative à l'impression et à la publication de toutes les lois sous-entend aussi le processus complet de leur adoption dans les deux langues officielles.

- Les règlements établis sous le régime d'une loi doivent être inclus dans la définition de l'expression « loi de la législature ».

- La législation déléguée à laquelle s'applique le bilinguisme obligatoire comprend : les règlements adoptés par le gouvernement, un ministre ou un groupe de ministres; les règles de pratique adoptées par les tribunaux judiciaires et quasi judiciaires; et les règlements administratifs soumis à l'approbation du gouvernement, d'un ministre ou d'un groupe de ministres.

- L'article 133 ne s'applique pas aux règlements d'organismes municipaux et scolaires.

° Les lois et les règlements unilingues sont invalides, sans force et sans effet. Le but premier des exigences bilingues est d'assurer un accès plein et entier à la loi. (Cependant, pour éviter le chaos juridique, un délai minimum doit être fixé pour traduire, adopter de nouveau, imprimer et publier les lois invalides).

° La Cour suprême a aussi fixé des critères permettant de savoir ce qu'est un document de nature législative et quand des documents incorporés par renvoi dans des lois sont assujettis au bilinguisme obligatoire.

B) Procédures devant les Tribunaux (article 133 de la *Loi Constitutionnelle de 1867*, article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* et article 19 de la *Charte*) :

Les garanties constitutionnelles relatives aux procédures devant les tribunaux ont également bénéficié d'un nombre substantiel de causes indiquant le sens qu'on devait leur donner. Cependant, les décisions de la Cour suprême du Canada dans ce domaine sont basées sur une approche beaucoup plus restrictive, elles font appel au devoir de réserve des tribunaux et reviennent à une interprétation strictement littérale des droits linguistiques prévus par la **Constitution**. Ainsi, la Cour suprême a décidé que :

° Les droits linguistiques inscrits dans la **Constitution** ne peuvent être modifiés par des réformes législatives, ils résultent d'un compromis politique et garantissent uniquement une protection minimale.

° Le droit d'employer le français ou l'anglais dans toutes les affaires dont sont saisis les tribunaux établis par le Parlement et les législatures du Québec, du Manitoba et du Nouveau-Brunswick, et dans tous les actes de procédure qui en découlent établissent le principe du choix, soit celui dont jouit les personnes qui participent aux procédures juridiques. En d'autres mots, les droits linguistiques garantis sont ceux des plaignants, des avocats, des témoins, des juges et des autres officiers publics qui communiquent oralement ou ceux des auteurs qui écrivent des plaidoiries ou d'autres procédures légales.

° La **Constitution** ne garantit pas aux personnes qui reçoivent des documents ou procédures émanant des tribunaux, le droit de recevoir ces documents dans la langue officielle de leur choix ni le droit de se faire parler dans leur langue officielle.

° Cependant, les réformes législatives fédérales, encouragées par une interprétation restrictive donnée par la Cour, reconnaissent que l'État a des obligations étendues de fournir un cadre dans lequel les tribunaux puissent communiquer oralement et distribuer les différents documents aux personnes accusées et aux autres participants dans leur langue officielle.

C) Services, travail et égalité de statut (articles 16 et 20 de la *Charte*) :

Bien peu de jurisprudence a permis de clarifier le sens précis de ces articles (articles 16 et 20 de la *Charte*). Le fait qu'on entrevoyait certaines poursuites judiciaires a exigé que l'on fournisse une orientation quant au sens de certaines dispositions. Le principe de l'égalité des deux langues officielles prévu à l'article 16 de la *Charte* pourrait servir de fondement au droit de travailler dans les deux langues officielles dans la fonction publique. La *Loi sur les langues officielles* reconnaît déjà ce droit dans certaines circonstances prévues à la *Loi*.

La *Loi sur les langues officielles* définit également ce que constitue « les institutions du gouvernement ou du Parlement ». Le **Règlement** adopté en vertu de cette loi, quant à lui, prévoit les définitions de termes comme « demande importante » et « vocation du bureau », lesquelles sont nécessaires pour bien comprendre l'étendue du droit de recevoir les services dans les deux langues officielles.

Les limites établies par de telles initiatives législatives fédérales pourraient rendre les droits qu'ils prévoient plus restreints que les droits constitutionnels prévus aux articles 16 à 20 de la *Charte*. Si cela était le cas, des litiges pourraient survenir.

D) Éducation (article 23 de la *Charte*) :

Le droit linguistique à l'instruction dans la langue de la minorité constitue l'un des plus importants droits linguistiques protégés par la *Charte*. La santé et la vitalité des minorités de langue française ou anglaise dépendent, dans une large mesure, de l'accessibilité des établissements d'enseignement qui reflètent l'identité et les aspirations de celles-ci.

D'ailleurs, des actions portant sur l'interprétation et l'application de l'article 23 ont été intentées dans presque toutes les provinces dans le cadre du Programme de contestation judiciaire. Celles-ci étaient devenues nécessaires parce que les provinces ne prenaient pas les mesures appropriées pour donner suite à la reconnaissance constitutionnelle des droits linguistiques de la minorité survenue avec l'avènement de la *Charte* en 1982. Bien qu'un certain nombre de tribunaux aient adopté une approche restrictive pour interpréter ce droit, la Cour suprême dans l'affaire *Mahé* a confirmé que celui-ci avait un caractère réparateur et que, par conséquent, il devait recevoir une interprétation beaucoup plus libérale. La Cour suprême a clarifié un certain nombre de questions et notamment :

- Aucune assemblée législative provinciale ne peut unilatéralement modifier les critères prévus à l'article 23 de façon à limiter l'étendue du droit à l'instruction dans la langue de la minorité.

- Le but de l'article 23 a été établi comme étant « destiné à remédier, à l'échelle nationale, à l'érosion progressive des minorités parlant l'une ou l'autre langue officielle et à appliquer la notion de partenaires égaux des deux groupes linguistiques officiels dans le domaine de l'éducation ». La Cour a donc reconnu que la nature même des droits garantis par l'article 23 imposait aux gouvernements des obligations corrélatives.

- Puisque l'article 23 garantit deux droits : le droit « à l'instruction » et le droit « aux établissements d'enseignement », il est important d'éviter d'appliquer des normes strictes et numériques qui auraient pour conséquence d'entraîner d'une part, un droit à l'instruction seulement, et d'autre part, un droit à des établissements d'enseignement (y compris le droit de gestion et de contrôle). En effet, l'article 23 doit être considéré comme établissant une exigence « variable ».

- Les exigences de chaque cas dépendent de ce que « le nombre justifie ». Cependant les modalités exactes de mise en oeuvre de l'article 23 de la *Charte* sont laissées à la discrétion des pouvoirs publics. Ceci comprend les mesures de gestion et de contrôle qui devraient inclure, lorsque « le nombre le justifie », le droit à des conseils scolaires séparées pour la minorité.

II- Questions non résolues :

A) Assemblées législatives et procédures devant les tribunaux :

Malgré les clarifications apportées par la Cour suprême du Canada en matière de droits linguistiques relatifs aux assemblées législatives et aux procédures devant les tribunaux, toutes les questions n'ont pas encore reçu de réponses finales. Il y a encore des incertitudes relativement à :

- Comment mettre en harmonie le droit législatif d'une personne accusée de choisir la langue de son procès avec le droit des procureurs et des juges de choisir la langue qu'ils utiliseront devant les tribunaux ?

° Quel sera l'effet du droit législatif de choisir le français ou l'anglais pour subir un procès criminel sur l'interprétation des garanties juridiques prévues à la *Charte* ? Notamment, il pourrait toucher :

- le droit d'être informé des motifs de son arrestation et le droit à l'avocat (article 10);
- le droit à un procès public et impartial (article 11);
- le droit à un interprète (article 14) et le genre de traduction (simultanée ou consécutive) requis par la Constitution.

° Est-ce que le droit d'utiliser l'une des deux langues officielles devant les tribunaux fédéraux est compromis lorsque l'administration des lois fédérales (par ex., faillite et divorce) se fait par les tribunaux provinciaux ?

B) Services, travail et égalité de statut :

L'article 16 (égalité de statut et droits et privilèges égaux du français et de l'anglais) et l'article 20 (droit du public de recevoir des services dans les deux langues officielles) ont été, par le passé, moins souvent interprétés par les tribunaux. Ce domaine laisse donc place à d'éventuelles interprétations jurisprudentielles et à un certain nombre de questions légales, notamment :

° De quelle façon doit-on interpréter les articles 16 et 20 de la *Charte* et quelle approche, restrictive ou libérale, doit-on adopter ?

° Est-ce que l'article 16 peut servir de fondement au droit de travailler dans l'une ou l'autre des deux langues officielles, par exemple, dans la fonction publique fédérale ?

° Est-ce que les obligations linguistiques constitutionnelles peuvent être contournées par la délégation de responsabilités administratives fédérales à des organismes provinciaux ?

- Que constituent exactement les « institutions du Parlement et du gouvernement du Canada » ou « de la Législature et du gouvernement du Nouveau-Brunswick » prévues aux articles 16 et 20 de la *Charte* ?

- Comment interpréter la notion de « public » ?

- Que constituent exactement les notions de « communications » et de « services » ?

- Que visent les notions de « demande importante » et de « vocation du bureau » ? Bien que ces notions aient été définies dans le **Règlement** établi en vertu de la *Loi sur les langues officielles* et dont la majorité des dispositions entreront en vigueur en décembre 1992, certains arguments légaux pourraient être soulevés voulant que les définitions rendent l'étendue de ces droits plus restreints que celui des droits prévus à l'article 20 de la *Charte* ?

C) **Éducation :**

Le domaine de l'éducation a donné lieu à des questions factuelles et légales fort complexes. Dans de nombreux domaines, l'étendue des droits demeure incertain. La Cour suprême du Canada a elle-même reconnu que des actions futures, basées sur l'article 23 de la *Charte*, sont inévitables. Ce qui sera requis dans chaque cas dépendra de ce que le « nombre justifie ». Parmi les questions qui restent à résoudre, se trouvent celles-ci :

- Quelle importance faut-il accorder à la compétence linguistique d'un enfant qui veut être instruit dans la langue minoritaire, compte tenu du fait que le critère d'admissibilité est basé sur la langue maternelle des parents ou encore sur la langue dans laquelle les parents ont reçu leur éducation au primaire ?

- L'État doit-il fournir un programme de perfectionnement linguistique initial quelconque lorsque les enfants de parents admissibles éprouvent de la difficulté dans la langue de la minorité ? Quelles responsabilités l'État a-t-il relativement à l'homogénéité linguistique et culturelle des écoles ?

- Puisque l'étendue des droits prévue à l'article 23 dépend du « nombre qui le justifie », des différends avec les autorités publiques pourront survenir relativement aux endroits où l'instruction peut se donner; à l'étendue des cours devant être offerts à la minorité linguistique; au type de programme à adopter; aux ressources qui doivent être allouées; aux cours obligatoires de langue seconde qui doivent être dispensés; ainsi qu'au rôle des parents dans le fonctionnement et le contenu de l'enseignement dans la langue de la minorité.

- Quelles ressources allouées à l'éducation dans la langue de la minorité seront acceptables ? (La quantité des ressources doit être allouée en fonction de la qualité de l'instruction; en fait la qualité de l'instruction en langue minoritaire doit être équivalente à celle de l'instruction dans la langue majoritaire).

- Quelles sont les relations qui existent entre les droits à l'instruction dans la langue de la minorité garantis par l'article 23 de la *Charte* et les droits confessionnels garantis par l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ?

III- Autres questions non résolues :

- Quelles réparations sont possibles à la suite d'une violation des droits constitutionnels ? Le développement du droit dans ce domaine sera significatif pour le respect et la mise en oeuvre des droits linguistiques.

- Les relations qui existent entre les dispositions de la *Charte* et celles de la *Loi sur les langues officielles* : la Cour suprême adoptera-t-elle la même interprétation pour la *Loi* et pour la *Charte*, surtout en ce qui concerne la langue de travail et la langue de services ?

- Est-ce que l'article 1 de la *Charte* (limites raisonnables qui se justifient dans une société libre et démocratique) s'applique aux articles 16 à 23 de la *Charte* ?

Conclusion :

Le Programme de contestation judiciaire a fourni, pendant plus d'une décennie, une aide financière indispensable aux causes importantes en matière de droits linguistiques. Cependant, un nombre important de questions demeurent encore non résolues. Il ressort de l'expérience du Programme que le processus de clarification et d'interprétation de ces droits, ainsi que l'assurance de leur plein respect et de leur mise en oeuvre, prend de nombreuses années pour se réaliser et leur interprétation demeure toujours en pleine évolution.

Avec la disparition du Programme, les personnes et les groupes feront face à d'énormes difficultés financières lorsqu'ils souhaiteront, en dernier ressort, s'adresser aux tribunaux pour faire valoir des droits linguistiques constitutionnels, . Malheureusement, un grand nombre de personnes pourraient trouver ce fardeau trop lourd à porter. À quoi servent de tels droits s'ils ne peuvent être mis en oeuvre ? Comme madame Bertha Wilson le disait : « Il est tout à fait illusoire d'accorder des droits à des gens qui n'ont pas les moyens de les faire valoir ».

Les droits linguistiques et le Programme de contestation judiciaire

RÉALISATIONS DU PROGRAMME ET INCIDENCE DE SON ABOLITION

Rapport présenté au
COMMISSAIRE AUX LANGUES OFFICIELLES

par
Richard Goreham,
B.A., LL.B., LL.M.

août 1992

Les droits linguistiques et
le Programme de contestation judiciaire
Réalisations du Programme et incidence de son abolition

1- Introduction 1

2- Origine, but et évolution 2

3- Clarification et mise en oeuvre : un double objectif 7

4- Survol des causes 10

a) Les droits linguistiques et les assemblées législatives 10

b) Les droits linguistiques devant les tribunaux 15

c) La langue de services, la langue de travail et l'égalité de statut 20

d) Les droits linguistiques et les écoles 26

5- Sommaire des questions non résolues 38

6- Conclusion : fin prématurée du processus 43

1- Introduction

Annoncée le 27 février 1992, la décision soudaine d'abolir le Programme de contestation judiciaire a ravivé les craintes des communautés minoritaires de langue officielle de voir régresser le respect des droits linguistiques. Bien que le gouvernement fédéral ait fait savoir que l'aide financière consentie pour payer les frais juridiques des affaires en instance serait versée comme prévu, cet engagement ne vise que le degré de juridiction qui a été saisi. Rien n'indique qu'une aide sera accordée pour les appels qui pourraient être formés à l'issue de ces procédures. En ce qui concerne les litiges pouvant survenir à l'avenir, l'abolition du Programme entraîne la disparition d'une ressource essentielle qui a permis, par le passé, de soumettre aux tribunaux d'importantes questions de principe.

L'abolition du Programme de contestation judiciaire a incité le Commissaire aux langues officielles à écrire, le 8 avril 1992, à M. Gerry Weiner, ministre d'État (Multiculturalisme et Citoyenneté), pour lui faire part de ses inquiétudes quant à l'incidence que pourrait avoir cette décision sur la protection de la dualité linguistique canadienne. Il a indiqué au Ministre l'importance d'évaluer les réalisations du Programme pour améliorer notre compréhension de la portée des droits linguistiques qui bénéficient d'une protection constitutionnelle. Le Commissaire lui a mentionné qu'une telle révision permettrait de relever les questions non encore résolues. Le Commissaire a également écrit aux représentants des communautés linguistiques minoritaires afin de solliciter leurs avis relativement aux problèmes qu'ils doivent toujours affronter dans l'interprétation et l'exercice de ces droits.

À la demande du Commissaire aux langues officielles, j'ai rédigé ce rapport afin de faciliter l'évaluation de l'incidence que l'abolition du Programme de contestation judiciaire aura sur les efforts de clarifier la portée des droits linguistiques et d'en assurer le respect et la mise en oeuvre. Le rapport débute par un résumé des origines et du but du Programme, ainsi que par une description de son évolution au cours de son existence qui a duré plus de dix ans. La façon dont le Programme a été administré et la portée de ses activités ont évolué considérablement avec les années. Cette évolution permet de mettre en perspective ses objectifs sous-jacents.

Le rapport passe en revue les catégories de droits linguistiques protégés par la *Constitution* du Canada et les effets positifs du recours aux tribunaux sur l'interprétation et la mise en oeuvre de ces droits. Cet examen permet de cerner les questions importantes qu'il faut encore résoudre pour arriver à une interprétation large et

généreuse des garanties linguistiques. Dans la mesure où ils restent d'importantes questions non résolues, l'abolition du Programme de contestation judiciaire constitue une fin prématurée à un processus judiciaire inachevé. L'aide financière consentie pour payer les frais juridiques a permis aux communautés linguistiques minoritaires d'initier et de participer pleinement au processus. La disparition d'une telle ressource importante ne peut, dans l'avenir, que nuire aux efforts pour résoudre les questions non résolues concernant la portée des droits linguistiques constitutionnels.

2- Origine, but et évolution

Lorsque Bertha Wilson, auparavant juge de la Cour suprême du Canada, a écrit au ministre de la Justice et procureur général du Canada le 4 mars 1992 pour réaffirmer qu'à son avis, « il est tout à fait illusoire d'accorder des droits à des gens qui n'ont pas les moyens de les faire valoir », elle a mis le doigt sur l'une des principales raisons pour lesquelles le Programme de contestation judiciaire a été créé. Au cours des années 1970, les droits linguistiques que protégeaient alors diverses dispositions de la *Constitution* du Canada avaient failli être écartés par des lois provinciales. Au Québec, l'adoption de la *Charte de la langue française* (1977) avait limité l'accès aux écoles anglaises, ce que l'on croyait incompatible avec les garanties prévues à l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* (anciennement l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique (1867)*, et avait considérablement affaibli le statut de l'anglais devant les tribunaux et à la Législature du Québec, lequel était protégé par l'article 133 de l'*A.A.N.B.* Au Manitoba, la négation des droits linguistiques de la minorité francophone qui étaient protégés par l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, négation qui remontait quasiment à l'époque de la Confédération, était une fois de plus mise en cause devant les tribunaux.

Se rendant bien compte que les frais occasionnés par les litiges portant sur des questions de principe et d'intérêt public pouvaient représenter un lourd fardeau pour des particuliers et des groupes ayant des moyens limités, le gouvernement fédéral de l'époque décida d'offrir une aide financière à un certain nombre de justiciables. Il donna à cette initiative le nom de Programme de contestation judiciaire (1978), dont l'objectif était de participer aux frais juridiques encourus par des causes intentées en vue de préciser la portée des droits linguistiques protégés par les dispositions constitutionnelles susmentionnées. Le programme fonctionnait en quelque sorte selon les besoins et, au cours des quatre années suivantes, permit de soutenir financièrement six causes.

Le ministère de la Justice et le Secrétariat d'État furent tous deux chargés de son exécution : le premier évaluait le bien-fondé des causes et le montant de l'aide financière qui devait être accordée, tandis que le second s'occupait de l'administration du programme.

La promulgation de la *Charte canadienne des droits et libertés* (ci-après la « *Charte* ») en 1982 fournit l'occasion de réexaminer le programme et d'en étendre l'application aux droits linguistiques protégés par les nouveaux amendements constitutionnels. Énoncés aux articles 16 à 23 de la *Charte*, ces droits comprennent l'égalité de statut du français et de l'anglais, le droit de recevoir des services gouvernementaux dans l'une ou l'autre langue, ainsi que des garanties relatives à l'instruction dans la langue de la minorité. À ce moment-là, des critères de sélection pour l'octroi de l'aide financière furent établis :

- la question soulevée devait revêtir une importance considérable et le bien-fondé sur le plan juridique devait être établi;

- la question soulevée devait entraîner des conséquences pour un certain nombre de personnes;

- la question soulevée ne devait pas faire déjà l'objet d'une aide financière dans une autre cause (pour éviter le double emploi).

Peu de temps après, les demandes d'aide financière présentées dans le cadre du programme modifié furent assujetties à deux nouvelles conditions. Premièrement, on stipula que les intervenants dans une cause ne devaient pas être admissibles à une aide financière, surtout lorsque le procureur général du Canada intervenait lui-même dans l'affaire. Deuxièmement, aucune aide financière ne devait être accordée lorsque les autorités gouvernementales responsables avaient fait la promesse formelle que les dispositions législatives ou les mesures gouvernementales litigieuses seraient modifiées de manière à donner plein effet aux garanties constitutionnelles. Comme avant, le ministère de la Justice évaluait le bien-fondé des causes et examinait les comptes présentés par les avocats pour leurs règlement, tandis que le Secrétariat d'État administrait le programme.

Ainsi structuré, le Programme de contestation judiciaire fut en mesure d'offrir un soutien vital aux communautés de langue officielle qui préconisaient une interprétation large et généreuse des garanties linguistiques reconnues dans la *Constitution* ou qui étaient

décidées à recourir à la justice pour empêcher que des droits linguistiques officiellement reconnus ne soient tout bonnement négligés à dessein. Au cours des trois années qui suivirent, le nombre de causes qui bénéficiaient d'une aide financière passa à dix-huit.

Le fait que certaines dispositions constitutionnelles relevant du Programme s'appliquaient à des lois et à des activités de compétence fédérale représentait une source de conflit possible pour le ministère de la Justice. En effet, l'impartialité du ministère de la Justice lors de l'évaluation du bien-fondé d'une cause pouvait être mise en doute dans la mesure où l'aide financière demandée devait servir à contester une loi ou une pratique du gouvernement fédéral, dont le procureur général du Canada allait vraisemblablement prendre la défense devant les tribunaux. La situation devint encore plus délicate lorsque les critères de financement du programme furent réexaminés en prévision de l'entrée en vigueur des droits à l'égalité prévus à l'article 15 de la *Charte* en 1985. En raison de l'application de ces critères aux droits à l'égalité qui visaient les lois et les pratiques du gouvernement fédéral, on décida, par souci d'équité, de confier à une instance décisionnelle indépendante la responsabilité de sélectionner les causes devant faire l'objet d'une aide financière dans le cadre du Programme de contestation judiciaire. Un organisme externe compétent fut donc chargé de prendre la relève.

À partir de 1985, le Programme fut administré, par deux organismes non gouvernementaux : le Conseil canadien de développement social (de 1985 à 1990) et le Centre de recherche et d'enseignement sur les droits de la personne de l'Université d'Ottawa (de 1990 à 1992). Dans chaque cas, deux comités indépendants, soit le Comité des droits linguistiques et le Comité des droits à l'égalité, furent investis du pouvoir de prendre des décisions au sujet de l'octroi d'une aide financière au titre des frais de justice. Cinq membres étaient choisis au Comité des droits linguistiques, ceux-ci démontraient une dévotion à l'avancement des droits linguistiques minoritaires, possédaient une gamme de qualités professionnelles (certaines étant des avocats en pratique) et reflétaient l'expérience des minorités linguistiques dans les diverses régions du pays. Avec l'appui de professionnels juridiques et assistés d'opinions de conseillers lorsque approprié, le Comité était autorisé à décider des demandes d'aide financière selon les termes et conditions prévues dans les accords de contribution signés par le Secrétariat d'État du Canada.

L'accord de contribution signé avec le Conseil canadien de développement social énonce en ces termes l'objectif du Programme : « le financement des poursuites judiciaires se rapportant aux droits relatifs aux langues officielles garantis par la *Constitution* du Canada... » ainsi qu'aux droits à l'égalité applicables aux lois, aux politiques et aux

pratiques fédérales. Plus précisément, et en ce qui a trait au volet linguistique du programme, l'aide financière devait être accordée aux causes permettant une analyse des droits linguistiques fondée sur les articles 93 ou 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, sur l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, sur les articles 16 à 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés* ou sur des dispositions constitutionnelles parallèles. On reconduisit dans cet accord les critères de grande importance et de fondement juridique à la question soulevée, de la prévention du double emploi et des conséquences pour un certain nombre de personnes, de même que la règle selon laquelle en général les intervenants ne devaient pas bénéficier d'une aide financière puisque la conduite de l'instance leur échappait.

Lorsque l'administration du Programme de contestation judiciaire fut confiée au Centre de recherche et d'enseignement sur les droits de la personne de l'Université d'Ottawa, le libellé de l'objectif du programme et de quelques-uns des critères d'admissibilité fut modifié. L'objectif devint « la clarification des droits relatifs aux langues officielles » qui sont garantis par les dispositions constitutionnelles susmentionnées. Cela n'était plus tout à fait la même chose que le financement des poursuites judiciaires « se rapportant aux droits relatifs aux langues officielles ». Pour ce qui est des critères d'admissibilité, nous constatons que l'aide financière n'était plus accordée qu'à des causes-types compatibles avec l'objectif du programme mettant directement en cause des droits linguistiques fondés sur les dispositions constitutionnelles mentionnées. Cette formulation plus restrictive de l'objectif du programme et des critères d'admissibilité a aussi touché les questions du double emploi, du fondement juridique et du nombre de personnes intéressées. Alors qu'à l'origine, l'emploi du mot « devrait » (en anglais « should ») dans le libellé des critères (« devrait » avoir une importance considérable, « devrait » avoir un fondement juridique et « devrait » entraîner des conséquences pour un certain nombre de personnes) confère une certaine marge de manoeuvre, le remplacement de ce mot par le terme « doit » (en anglais « must ») et la substitution du mot « considérable » au mot « certain » dans l'expression « un certain nombre de personnes » ont pour effet de resserrer la formulation des conditions d'admissibilité à l'aide financière. De même, dans la deuxième version, le double emploi « doit » (en anglais « shall ») être évité et lorsque les tribunaux sont saisis d'une question, aucune autre personne « ne doit » (en anglais « shall not ») bénéficier d'une aide financière pour défendre une opinion pratiquement identique dans la même cause ou dans une autre cause, alors qu'avant le transfert du programme en 1990, ces critères étaient rédigés sur un ton plus directif qu'impératif en raison de l'emploi des mots « devrait être évité » (en anglais « should be avoided ») et « ne devrait pas bénéficier d'une aide financière » (en anglais « should not receive financial assistance »).

Comme nous l'avons déjà mentionné, 18 causes en matière de droits linguistiques ont été financées entre 1978 et 1985. Depuis 1985, le Programme de contestation judiciaire a permis de financer un total de 77 causes, bien que certaines des poursuites dont sont saisies les juridictions supérieures aient été intentées à l'époque où le gouvernement administrait le Programme. (La décision d'octroyer une aide financière s'applique à un degré de juridiction précis; si la cause est portée en appel, il faut présenter une autre demande.) Les responsables de l'administration du programme ont indiqué que 35 de ces causes ont été instruites par des tribunaux de première instance, 23 par des tribunaux d'appel et 19 par la Cour suprême du Canada. Parmi les causes financées par le Programme, 17 portaient sur le bilinguisme dans le processus législatif et 13 concernaient les droits linguistiques devant les tribunaux.

L'augmentation du nombre de causes financées par le programme est attribuable dans une large mesure aux difficultés considérables que posent l'interprétation et la mise en oeuvre des droits à l'instruction dans la langue de la minorité prévus à l'article 23 de la *Charte*. Apparemment, 39 des demandes d'aide financière qui ont été approuvées après 1985 se rapportaient à cette question. Nous parlerons plus longuement de ces droits dans le survol des causes en matière de droits linguistiques qui sera examiné plus loin, mais il n'est pas inutile de mentionner ici que le respect et la mise en application de l'article 23 de la *Charte* se sont heurtés à bien des résistances. On a essayé de justifier le peu d'empressement de nombreuses provinces anglophones à réformer des systèmes d'éducation qui retardaient l'essor de l'instruction dans la langue de la minorité par la prétendue ambiguïté des garanties prévues à l'article 23. Les minorités de langue officielle étaient donc aux prises avec ce qu'elles considéraient comme des violations flagrantes de l'article 23, qui étaient cependant légitimées par une conception invariablement étroite de la portée de cet article. Cette situation a inévitablement donné lieu à la prolifération des litiges susceptibles d'être soumis aux tribunaux, et c'est dans une large mesure la raison pour laquelle le nombre de causes financées par le programme a augmenté après 1985.

Quand on considère le chemin parcouru depuis quatorze ans, on peut difficilement nier l'importance du Programme de contestation judiciaire en matière de promotion du respect des droits constitutionnels des minorités de langue officielle. Le Programme a notamment contribué à la reconnaissance officielle des droits linguistiques des francophones du Manitoba devant les tribunaux et à l'assemblée législative du Manitoba (dont la négation remontait à 1890) et à la lutte menée pour donner effet aux droits à

l'instruction dans la langue de la minorité inscrits dans la *Charte canadienne des droits et libertés*. Mais avant d'entamer le survol des causes en matière de droits linguistiques, il convient d'examiner à nouveau le lien qui existe entre la nécessité de préciser la portée des droits linguistiques et le désir de parvenir à assurer le respect et la mise en oeuvre de ces droits.

3- Clarification et mise en oeuvre : un double objectif

Il convient d'apprécier l'objectif du Programme, soit celui d'examen ou de clarification des droits constitutionnels en matière de langues officielles, tel qu'il est formulé dans les accords de contribution de 1985 et de 1990, dans le contexte général de la promotion des deux langues officielles du Canada. Depuis les années 1970, les poursuites en matière linguistique jouent un rôle croissant et appréciable en vue d'assurer le respect du statut constitutionnel du français et de l'anglais. Devant l'insuffisance des mesures gouvernementales et le dépérissement de la culture et de la langue, les communautés linguistiques minoritaires se sont adressées aux tribunaux afin d'obtenir une analyse plus précise de la portée et du contenu des droits linguistiques et afin d'assurer la mise en oeuvre intégrale de ces droits. Ces deux objectifs découlaient implicitement des critères du Programme qui prévoyaient qu'aucune aide financière ne devait être accordée lorsque les autorités gouvernementales responsables avaient fait la promesse formelle que les dispositions législatives ou les mesures gouvernementales litigieuses seraient modifiées. Si le seul objectif du Programme était d'éclaircir le sens d'une disposition constitutionnelle, comment pouvait-on légitimement exiger qu'une disposition législative ou une mesure gouvernementale soit modifiée avant que l'affaire n'ait même été portée devant les tribunaux ?

L'affirmation selon laquelle le Programme de contestation judiciaire avait pour but non seulement de permettre l'analyse et la clarification des droits linguistiques reconnus dans la *Constitution*, mais aussi d'encourager le respect et la mise en oeuvre de ces droits, est étayée par les exemples qu'offrent certaines des causes financées. Ainsi, l'affaire fondée sur les dispositions de la *Charte de la langue française* concernant le refus de permettre qu'une instruction dans la langue anglaise soit donnée à des personnes qui y avaient droit aux termes de l'article 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, malgré les nombreux points de droit qu'elle a soulevés, ne concernait pas la signification et la portée de l'article 23. Elle portait en réalité sur les obligations du gouvernement du Québec relativement au respect des critères d'admissibilité prévus à l'article 23, qui

étaient clairement incompatibles avec les dispositions litigieuses de la *Charte de la langue française*. Comme cette incompatibilité était flagrante, le coeur du litige était de savoir si la *Constitution* accordait à un gouvernement provincial le pouvoir de modifier unilatéralement les critères d'admissibilité. De même, l'affaire *Forest* du Manitoba ne portait pas sur la signification et la portée des garanties linguistiques prévues à l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, mais bien sur le pouvoir du gouvernement du Manitoba de les abolir. En réalité, il était question dans ces deux causes du respect et de la mise en oeuvre des droits linguistiques reconnus dans la *Constitution*, et non de leur signification profonde. Pourtant, ces causes ont pu bénéficier d'une aide financière dans le cadre du Programme de contestation judiciaire.

Chaque catégorie de droit linguistique reconnu dans la *Constitution* - ces catégories seront toutes examinées plus loin - fournit une preuve convaincante du lien essentiel qui existe entre le respect d'un droit, d'une part, et la clarification de sa portée, d'autre part. Qu'il s'agisse des droits linguistiques dans le processus législatif, devant les tribunaux ou dans les écoles, nous constatons que le refus de respecter ces droits s'appuie souvent sur l'argument selon lequel les dispositions constitutionnelles invoquées pour les faire valoir sont trop limitées pour constituer une assise juridique valable à cette fin. Bien que les gouvernements soient de moins en moins enclins à refuser catégoriquement de donner effet à des droits, ils invoquent souvent la prétendue ambiguïté d'une disposition constitutionnelle pour justifier l'existence de programmes et de dispositions législatives qui sont loin de répondre aux attentes légitimes des titulaires de ces droits.

La nature même des droits linguistiques entraîne des propositions de part et d'autres, parfois contradictoires, et ce, afin de trouver des solutions à leur mise en oeuvre. Les droits inscrits dans la *Constitution* ont traditionnellement été interprétés comme étant de nature à restreindre l'action des gouvernements. On les a invoqués pour annuler des mesures gouvernementales qui empiétaient injustement sur la liberté individuelle. Tout au contraire, les droits linguistiques appellent l'intervention des gouvernements; cela implique que l'action positive est nécessaire pour leur donner effet. Il ne suffit pas de se défaire de dispositions législatives et de mesures gouvernementales qui portent atteintes aux droits linguistiques (aussi efficace que cela puisse être dans certains cas); il faut aussi prendre des mesures concrètes pour se doter des structures institutionnelles que requiert l'exercice effectif de ces droits. C'est la raison pour laquelle les droits linguistiques ont presque toujours quelque chose à voir avec des institutions jugées indispensables à la santé et à la vitalité des minorités de langue officielle.

Cela ne veut pas dire que la conception « négative » des droits constitutionnels, c'est-à-dire la conception selon laquelle les droits sont un rempart contre l'empiétement des gouvernements sur la liberté individuelle, ne fait jamais problème en matière linguistique. L'affaire relative à la langue d'affichage commercial au Québec, qui était fondée sur le droit individuel à la liberté d'expression prévu à l'article 2 de la *Charte*, le montre bien. Toutefois, le fait de déclarer inopérante la règle prescrivant l'usage du français seulement pour l'affichage commercial pour le motif qu'elle porte atteinte à la garantie de liberté d'expression prévue par la *Constitution* n'impose pas d'obligations positives au gouvernement. Cela permet simplement de fixer la limite au-delà de laquelle la restriction qui frappe l'usage d'une langue officielle est injustifiée d'un point de vue constitutionnel.

Le fait que la plupart des poursuites qui sont intentées en matière linguistique ont pour but d'amener l'État à prendre des mesures concrètes pour soutenir une communauté minoritaire, que ce soit dans le cadre du processus législatif, devant les tribunaux, relativement aux services gouvernementaux ou dans le système d'éducation, met en évidence l'importance des négociations entre les minorités de langue officielle et les autorités gouvernementales. L'étendue des obligations positives soulève constamment des questions auxquelles des discussions poursuivies sans relâche avec les autorités permettent d'apporter des réponses. L'attribution de ressources et la création de structures institutionnelles nécessitent la participation active des gouvernements. Cependant, pour régler de telles questions, on ne doit pas se limiter à déterminer en quoi consiste l'intérêt public; il faut aussi donner effet aux droits constitutionnellement garantis. Par conséquent, lorsque les espérances d'une minorité de langue officielle sont déçues à l'issue d'importantes négociations, le recours aux tribunaux constitue incontestablement une option valable. De plus, il se peut bien que l'éventualité qu'il y ait des poursuites en justice destinées à assurer l'exécution d'obligations constitutionnelles incite davantage un gouvernement à régler, directement avec les communautés linguistiques minoritaires intéressées, les questions touchant à l'interprétation de leurs droits. Inversement, si le recours aux tribunaux n'était pas envisageable, notamment à cause du caractère prohibitif des frais juridiques, les chances de succès de ces négociations seraient sans doute bien moindres.

Le lien dynamique qui existe entre la clarification des droits linguistiques garantis par la *Constitution* et leur exercice effectif nous rappelle que la justice peut souvent être une arme à double tranchant. D'une part, on peut donner à un droit une interprétation étroite et traditionnelle qui en restreint la portée. D'autre part, on peut étendre la portée d'un droit pour qu'il devienne plus significatif et plus utile pour les membres

d'une minorité. Comme nous espérons le démontrer dans le survol des causes en matière de droits linguistiques qui suit, les tiraillements entre ces deux conceptions de l'interprétation des droits sont constamment présents dans le processus judiciaire. C'est une erreur de croire qu'on arrivera un jour à définir une fois pour toutes les droits linguistiques reconnus dans la *Constitution* et les obligations corrélatives que ces droits imposent aux gouvernements.

4- Survol des causes

a) Les droits linguistiques et les assemblées législatives

Chacun sait que l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* (anciennement l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1867*) et l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* autorisent l'usage du français et de l'anglais dans les débats de la Chambre des communes et du Sénat du Canada, ainsi que dans les chambres des législatures du Québec et du Manitoba. Ces deux articles précisent aussi que l'usage du français et de l'anglais est obligatoire dans la rédaction des archives, des procès-verbaux et des journaux respectifs de ces chambres, et que toutes les lois de ces chambres doivent être imprimées et publiées dans les deux langues. Ces dispositions sont reprises aux articles 17 et 18 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, dans la mesure où elles s'appliquent au Parlement du Canada, et sont rendues applicables à la Législature du Nouveau-Brunswick.

L'exigence impérative de faire usage des deux langues dans les archives, les procès-verbaux et les journaux de la Législature du Manitoba de même que d'imprimer et de publier les lois de cette province dans les deux langues fut directement contredit par l'*Official Language Act* (1890) du Manitoba, qui prescrivait que seul l'anglais serait utilisé à ces fins. Plus de quatre-vingts années se sont écoulées avant qu'un tribunal de juridiction supérieure n'examine la question de la constitutionnalité de cette loi, qui avait cependant été contestée à deux reprises devant des cours de comté et déclarée inconstitutionnelle. La première décision remontait à 1892 et la seconde à 1909[1], mais les gouvernements manitobains de l'époque n'en ont apparemment pas tenu compte puisqu'ils ont continué de donner plein effet à l'*Official Language Act*. Comme le statut du français à la Législature du Manitoba avait été aboli, il n'y avait évidemment pas lieu de s'interroger sur le contenu et la portée, quelle qu'elle fût, des droits linguistiques vu que les gouvernements qui se succédaient au Manitoba estimaient que ces droits

n'existaient plus. C'est seulement de nombreuses décennies plus tard que l'on a intenté, pour une troisième fois, une poursuite contre la province du Manitoba, mais cette fois l'affaire s'est rendue jusqu'à la Cour suprême du Canada qui a prononcé en 1979 un jugement majeur dans l'affaire *Procureur général du Manitoba* c. *Forest*[2].

La conclusion de la Cour suprême portant que l'*Official Language Act* (1890) du Manitoba était inconstitutionnelle et que les droits linguistiques prévus à l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* devaient être pleinement respectés était suivie d'une conclusion analogue, fondée sur l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, à l'encontre de certaines dispositions de la *Charte de la langue française* (1977) du Québec. Bien que le libellé des dispositions de la loi québécoise fût différent de celui de la loi adoptée par le Manitoba en 1890, la Cour suprême a réaffirmé dans l'arrêt *Procureur général du Québec* c. *Blaikie*[3] que les droits linguistiques prévus à l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* étaient inviolables et que l'Assemblée nationale du Québec ne pouvait pas les modifier unilatéralement comme s'ils faisaient partie de la constitution de la province. Ils étaient identiques à cet égard aux droits garantis par l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*. La Cour suprême a ensuite donné quelques indications initiales sur la portée véritable des mots et des expressions employés dans ces deux articles. Elle a notamment statué que l'exigence relative à l'impression et à la publication de toutes les lois dans les deux langues sous-entendait l'adoption de celles-ci dans les deux langues, et que les règlements établis sous le régime de ces lois devaient être inclus dans la définition de l'expression « loi de la législature ». Comme la législation déléguée avait connu un essor prodigieux depuis 1867, la Cour suprême a jugé qu'il serait incongru de limiter le sens du terme « lois » aux textes votés par les législatures.

Cette première analyse de la portée des droits linguistiques axée sur le processus législatif ainsi que sur l'impression et la publication des lois et des règlements a marqué le début d'une longue période de contestation judiciaire au sujet de la mise en oeuvre effective de ces droits. Pendant toute cette période, le Programme de contestation judiciaire a participé au financement de presque toutes les causes importantes. Les poursuites se sont multipliées parce que la réponse à une question paraissait fréquemment soulever plusieurs autres questions qu'il fallait éclaircir avant de prendre des mesures pour donner plein effet aux droits linguistiques en question. Tandis que les membres de la minorité francophone du Manitoba préconisaient une conception généreuse des mesures qui s'imposaient pour donner plein effet aux droits garantis par l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, dans la foulée des décisions rendues dans les arrêts *Forest* et *Blaikie*, les autorités gouvernementales prônaient une vision étroite à

la fois des conséquences immédiates des décisions de la Cour suprême et de la portée réelle des droits en question. Cela a évidemment donné lieu à d'autres poursuites ayant pour but d'aplanir les obstacles à la mise en oeuvre de droits linguistiques que la Cour suprême avait déjà déclarés inviolables.

Au Québec, c'était la mesure dans laquelle le terme « règlement » devait recevoir une interprétation libérale qui faisait problème. Pour savoir à quoi s'en tenir, le gouvernement du Québec a demandé une nouvelle audition des questions examinées dans l'arrêt *Blaikie*. La Cour suprême y a consenti et a statué dans l'arrêt *Blaikie (Nº 2)*[4] que la législation déléguée à laquelle s'appliquait l'article 133 comprenait :

(i) les règlements adoptés par le gouvernement, un ministre ou un groupe de ministres (sauf les règles ou les directives de régie interne),

(ii) les règles de pratique adoptées par les tribunaux judiciaires et quasi judiciaires,

(iii) les règlements administratifs soumis à l'approbation du gouvernement, d'un ministre ou d'un groupe de ministres.

La Cour a aussi déclaré, en partie pour des raisons d'ordre historique, que l'article 133 ne s'appliquait pas aux règlements d'organismes municipaux et scolaires.

Le Québec s'est acquitté sans plus attendre des obligations qui lui étaient imposées relativement à l'usage de l'anglais et du français dans le processus législatif (telles qu'elles avaient été définies et précisées dans les deux arrêts *Blaikie* et dans l'arrêt *Forest*), mais le Manitoba n'en a pas fait autant. En effet, l'unilinguisme de fait qui existait depuis quatre-vingt-dix ans à la Législature du Manitoba s'était soldé non seulement par l'adoption en anglais uniquement d'une multitude de lois et de règlements, mais aussi par un manque absolu de moyens de traduction. Le dénuement du Manitoba contrastait de façon saisissante avec la machine bilingue dont disposait le Québec, où l'on avait toujours fait usage du français et de l'anglais dans le processus législatif.

L'ampleur de la tâche que devait accomplir le Manitoba était évidemment proportionnelle à l'énormité de l'injustice historique qui avait été commise. Comme nous l'avons mentionné ci-dessus, les négociations qui avaient été entamées au sujet des mesures requises pour donner effet aux droits linguistiques de la minorité francophone devaient inévitablement mettre au jour des divergences de vues qui ont causé des retards

et qui ont finalement donné lieu à une nouvelle intervention de la Cour suprême. Le gouvernement fédéral a en effet décidé, en 1984, d'adresser un renvoi à la Cour suprême, dont les motifs de la décision figurent dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*[5]. Soit dit en passant, une autre cause (qui a par la suite été financée dans le cadre du Programme) faisait son chemin devant les tribunaux depuis 1981; elle contestait entre autres choses la validité du *Highway Traffic Act*[6] du Manitoba, dont les dispositions avaient été adoptées en anglais seulement. Parmi les questions soumises à la Cour suprême dans le renvoi, figurait la question cruciale des conséquences de l'omission de respecter les droits linguistiques dans le processus législatif. Les lois et les règlements unilingues étaient-ils invalides et inopérants ?

La Cour suprême a répondu par l'affirmative à cette question et a par la même occasion rappelé le but fondamental des droits linguistiques dans le processus législatif. Ce but réside dans la nécessité « d'assurer aux francophones et aux anglophones l'accès égal aux corps législatifs, aux lois et aux tribunaux »[7]. L'obligation d'adopter, d'imprimer et de publier les lois dans les deux langues devait être imposée afin de protéger « les droits fondamentaux de tous les Manitobains à l'égalité de l'accès à la loi dans l'une ou l'autre des langues française ou anglaise »[8]. Dans une réflexion sur l'importance des droits linguistiques en général, la Cour a dit que :

> L'importance des droits en matière linguistique est fondée sur le rôle essentiel que joue la langue dans l'existence, le développement et la dignité de l'être humain. C'est par le langage que nous pouvons former des concepts, structurer et ordonner le monde autour de nous. Le langage constitue le pont entre l'isolement et la collectivité, qui permet aux être humains de délimiter les droits et obligations qu'ils ont les uns envers les autres, et ainsi, de vivre en société[9].

La Cour suprême a également tranché certaines autres questions se rapportant spécifiquement à la loi manitobaine qui était censée mettre en application l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*. La plupart des dispositions de cette loi ont été jugées incompatibles avec l'article 23 pour le motif qu'elles portaient atteinte à des principes qui étaient implicites dans cet article, notamment ceux-ci :

(i) les versions française et anglaise des lois font pareillement autorité en matière d'interprétation,

(ii) l'usage simultané du français et de l'anglais est obligatoire pendant tout le processus d'adoption des lois.

L'importance de la décision rendue dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba* est indéniable. De plus, cette décision est instructive parce qu'elle montre combien l'obligation de recourir aux tribunaux pour clarifier un droit linguistique entraîne fatalement d'autres retards dans la mise en oeuvre et le respect de ce droit.

Même si la Cour suprême a déclaré que les lois adoptées en contravention de l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* étaient invalides, elle a ajouté que pour éviter le chaos juridique, un délai minimum devait être fixé pour traduire, adopter de nouveau, imprimer et publier les lois manitobaines entachées d'un vice sur le plan constitutionnel. Elle a laissé aux parties le soin de fixer le délai de validité temporaire et a indiqué qu'elle statuerait sur cette question à la demande du procureur général du Canada ou du procureur général du Manitoba si les parties n'arrivaient pas à s'entendre. On voit donc que même une question aussi limitée et technique que la fixation du délai de validité temporaire aurait forcé la Cour suprême à rendre une nouvelle décision, n'eût été l'entente négociée à laquelle les parties sont arrivées et à laquelle la Cour a donné effet six mois plus tard[10].

On aurait pu croire que le mécanisme de mise en oeuvre des droits linguistiques en question pouvait enfin être lancé, mais il n'en fut rien. Un nouveau désaccord est survenu entre les parties, cette fois au sujet des instruments du gouvernement du Manitoba qui pouvaient être considérés « de nature législative » et qui devaient par conséquent être adoptés, imprimés et publiés dans les deux langues. Les parties ont donc dû retourner une fois de plus devant la Cour suprême qui, dans une décision rendue en janvier 1992[11], a fourni des précisions sur ses analyses précédentes. En réponse aux questions plutôt détaillées qui lui ont été soumises, la Cour suprême a fixé des critères permettant de savoir ce qu'est un document de nature législative[12]. Elle a également prescrit des règles permettant de savoir quand des documents incorporés par renvoi dans des lois de la Législature du Manitoba sont eux-mêmes assujettis au bilinguisme obligatoire. De crainte que la portée des critères plus spécifiques qu'elle venait de formuler ne soulève elle aussi des conflits, la Cour suprême a fait remarquer qu'« il serait sage pour les assemblées législatives, en cas de doute, de trancher en faveur du droit prévu par la Constitution »[13].

Bien entendu, d'autres décisions ont contribué à jeter un peu plus de lumière sur les exigences du bilinguisme obligatoire dans le processus législatif. Mentionnons à titre d'exemple l'arrêt *P.G. du Québec* c. *Brunet, Collier et autres*[14], qui soulevait la question de l'incorporation par renvoi, l'arrêt *Sinclair et autres* c. *P.G. du Québec et autres*[15], qui précisait ce qu'était une loi de la Législature du Québec par opposition à une loi

émanant d'une municipalité, les municipalités n'étant pas astreintes au bilinguisme obligatoire prévu à l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et l'arrêt *Bilodeau* c. *P.G. du Manitoba*[16], dont une partie des motifs portait sur des points qui avaient été traités dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba* au sujet de la nullité des lois manitobaines adoptées en contravention de l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*. On pourrait aussi mentionner les causes dans lesquelles on a tenté d'invoquer l'article 110 de l'*Acte des Territoires du Nord-Ouest* qui était en vigueur à l'époque de la création des provinces de l'Alberta et de la Saskatchewan et qui incorporait des droits linguistiques semblables à ceux qui étaient prévus à l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et à l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, en particulier l'arrêt *R.* c. *Mercure*[17]. Cependant, nous ne prétendons pas ici faire une analyse exhaustive de toutes les décisions dans lesquelles il est question du bilinguisme obligatoire dans le processus législatif. Nous voulons plutôt faire ressortir le caractère évolutif de l'interprétation judiciaire des droits linguistiques protégés par la *Constitution*. En fait, aucune décision ne peut résoudre la totalité des questions que peuvent éventuellement soulever le respect et la mise en oeuvre des droits linguistiques. Juste dans le domaine des garanties linguistiques dans le processus législatif, plus de douze années séparent la décision rendue par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Forest* et les plus récentes précisions apportées dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba* (audition spéciale)[18]. C'est en partie à cause des tentatives pour recourir à des interprétations étroites afin de réduire la portée éventuelle des garanties linguistiques que tant de causes ont été instruites durant cette période. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle la Cour suprême a récemment exhorté les autorités gouvernementales à trancher les doutes quant à la portée et à l'applicabilité des garanties linguistiques reconnues dans la *Constitution* en faveur des droits protégés.

b) Les droits linguistiques devant les tribunaux

À l'usage obligatoire du français et de l'anglais dans le processus législatif s'ajoute en complément le statut reconnu à ces deux langues devant les tribunaux du Québec, du Manitoba et du Nouveau-Brunswick, comme devant ceux établis par le gouvernement fédéral. La reconnaissance de ce statut est énoncée aux dispositions législatives déjà mentionnées à l'égard du bilinguisme législatif ainsi qu'à l'article 19 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Énonçant des droits dont l'exercice est facultatif plutôt qu'obligatoire, ces dispositions autorisent l'emploi du français ou de l'anglais dans toutes les affaires dont sont saisis les tribunaux établis par le Parlement du Canada ou par l'une ou l'autre des trois provinces susmentionnées, et dans tous les actes de procédures qui en

découlent. Les litiges portant sur ces droits linguistiques remontent aux arrêts *Forest* et *Blaikie* évoqués ci-dessus, dans lesquels la Cour suprême a confirmé l'inviolabilité des droits en cause. Ces droits sont à l'abri de toute modification par le processus législatif, ils laissent le choix au justiciable et ils s'appliquent à tous les tribunaux qui exercent un pouvoir judiciaire, même à ceux qui ne sont pas des « cours » au sens traditionnel du terme. Ce n'est qu'à la suite de ces arrêts, qui venaient couronner de longues années de procédures judiciaires, qu'on devait s'intéresser à la portée précise et aux incidences possibles du droit d'employer l'une ou l'autre langue devant les tribunaux.

Certains membres des minorités de langue officielle ont à bon droit soulevé la question des obligations corrélatives que pourraient avoir les gouvernements d'établir un cadre institutionnel qui permette l'exercice effectif de ce droit garanti par la *Constitution*. Par exemple, pour assurer le respect du droit d'employer l'une ou l'autre langue, l'État doit-il veiller à ce que les documents judiciaires délivrés dans les procédures criminelles et quasi criminelles soient bilingues ? Le droit de chacun, et particulièrement de l'accusé, de choisir le français ou l'anglais suppose-t-il que l'État a l'obligation de fournir toutes les conditions matérielles nécessaires à la tenue d'un procès dans la langue choisie ? À l'extrême, le droit d'employer l'une ou l'autre langue officielle devant les tribunaux perdrait toute signification s'il ne se trouvait aucun juge capable de parler ou de comprendre cette langue, ou si les documents officiels étaient systématiquement délivrés dans une seule langue.

Des questions de cette nature ont mis en branle des actions en justice soutenues financièrement par le Programme de contestation judiciaire, notamment les affaires *MacDonald* c. *Ville de Montréal*[19] (une sommation unilingue française délivrée à un anglophone), *Bilodeau* c. *P.G. (Manitoba)*[20] (une sommation unilingue anglaise délivrée à un francophone), *Robin* v. *Collège St-Boniface*[21] (le droit de l'accusé d'employer le français et la connaissance de la langue par le juge), *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick* c. *Association of Parents*[22] (la question de savoir si le droit d'employer l'une ou l'autre des langues officielles comprend le droit d'être entendu et compris directement par un juge dans cette langue), et en partie des actions fondées sur l'ancien article 110 de la *Loi sur les Territoires du Nord-Ouest* (le droit qu'aurait l'accusé de subir un procès dans la langue officielle de son choix[23]). Les personnes qui ont engagé ces actions cherchaient à obtenir une interprétation large et libérale du droit sous-jacent d'utiliser le français ou l'anglais devant les tribunaux. La jurisprudence élaborée à l'égard des droits linguistiques dans le processus législatif laissait certainement espérer que les tribunaux donneraient une interprétation large et libérale aux droits correspondants dans le processus judiciaire. Dans une série d'arrêts, la Cour suprême du Canada a au contraire

donné une interprétation restrictive en définissant les droits linguistiques inscrits dans la *Constitution* (à tout le moins en ce qui a trait au processus judiciaire) comme étant des droits fondés sur un compromis historique conçu pour assurer un minimum de protection. Puisque ces droits ne constituent qu'un minimum, ils peuvent être complétés par des lois fédérales et provinciales, ou être changés par voie de modification constitutionnelle, « ...[ ]mais il n'appartient pas aux tribunaux, sous le couvert de l'interprétation, d'améliorer ce compromis constitutionnel historique, d'y ajouter ou de le modifier »[24].

Dans ce contexte, la Cour suprême a donné une interprétation très littérale des dispositions en cause, déterminant ainsi que les droits linguistiques garantis « ...sont ceux des justiciables, des avocats, des témoins, des juges et autres officiers de justice qui prennent effectivement la parole, et non ceux des parties ou autres personnes à qui l'on s'adresse; et ce sont ceux des rédacteurs et des auteurs des actes et pièces de procédure, et non ceux de leurs destinataires ou de leurs lecteurs. » En conséquence, une sommation peut être délivrée dans une seule langue sans contrevenir pour autant aux droits constitutionnels en question; et le droit de l'accusé d'employer la langue officielle de son choix lorsqu'il comparaît devant un tribunal n'implique aucune obligation par le tribunal de tenir le procès dans la langue choisie. Selon la Cour, si on déduisait des dispositions constitutionnelles pertinentes que l'accusé a le droit de subir un procès dans la langue officielle de son choix, cela aurait pour effet d'annuler les droits linguistiques des juges et des autres officiers de justice garantis par les mêmes dispositions.

Même si les clarifications juridiques apportées par ces arrêts ont réglé un certain nombre de questions (quoique dans un sens qui pourrait paraître contraire aux intérêts des membres des minorités de langue officielle), un nombre important de litiges se poursuivaient dans ce domaine. Par exemple, le droit de l'accusé de choisir de subir un procès devant un juge qui parle la même langue officielle que lui, établi par une mesure législative du gouvernement fédéral (au moyen de modifications apportées au *Code criminel*), ne pouvait être exercé que dans certaines provinces. Il s'agissait d'une mesure législative visant à donner à l'accusé la possibilité d'être jugé dans sa langue officielle. Des actions contre cette discrimination en fonction du lieu géographique ont été engagées en vertu des dispositions relatives aux droits à l'égalité de l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et ont entraîné des décisions contraires[25]. Toutefois, des modifications législatives supplémentaires (sans doute précipitées par des

litiges dont le financement était assuré par le Programme de contestation judiciaire) devaient étendre ce droit à l'échelle du Canada, où il s'applique maintenant intégralement, rendant ainsi inutile toute démarche judiciaire ultérieure sur ce point précis.

Ironiquement, les arrêts rendus par la Cour suprême relativement au droit constitutionnel d'employer le français ou l'anglais devant les tribunaux assujetti aux dispositions constitutionnelles pertinentes ont inspiré de nouveaux litiges sur la validité des mesures législatives fédérales visant à étendre le droit des accusés de choisir la langue du procès. En termes clairs, comment peut-on respecter ce droit sans compromettre le droit des procureurs de la Couronne et des juges de choisir la langue qu'ils désirent employer dans les procédures judiciaires ? L'importance de cette question est soulignée par deux jugements contradictoires[26] que la Cour supérieure du Québec a rendus sur cette question. Puisque les provinces sont toujours responsables de l'administration de la justice en matière criminelle, la mise en oeuvre des modifications ainsi apportées au *Code criminel* pourrait continuer à donner lieu à des litiges sur la façon d'harmoniser les nouvelles dispositions législatives avec les droits constitutionnels prévus par l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* ou l'article 19 de la *Charte* qui s'applique au Nouveau-Brunswick. Il se peut que des communautés linguistiques minoritaires soient directement intéressées à défendre la validité des mesures législatives fédérales dans ce domaine si leur constitutionnalité était contestée.

Il est intéressant de remarquer que les droits accordés à l'accusé par les mesures législatives actuelles, en ce qui a trait à la langue du procès, correspondent à bon nombre des points soulevés au cours des litiges sur le sens des dispositions constitutionnelles pertinentes. Ainsi, lorsqu'il est ordonné que l'accusé subisse son procès devant un juge seul ou devant un juge et un jury qui parlent sa langue officielle (en vertu des dispositions pertinentes du *Code criminel*), l'accusé a aussi droit à ce que le procureur parle la même langue officielle que lui. Il est aussi prévu que le dossier des procédures comprenne une transcription de tous les témoignages rendus du procès dans la langue officielle employée. C'est là un moyen de s'assurer que les autres fonctionnaires judiciaires (tels que les sténographes officiels) sont capables de comprendre et de parler la langue officielle de l'accusé. Indépendamment du *Code criminel*, la partie III de la *Loi sur les langues officielles* (1988) impose des obligations précises aux tribunaux fédéraux. Il s'agit notamment de l'obligation de veiller, sur demande d'une partie, à ce que soient offerts des services d'interprétation simultanée, et de l'obligation de veiller à ce que le juge qui entend une affaire dans l'une ou l'autre des

langues officielles comprenne la langue employée sans l'aide d'un interprète. La partie III oblige aussi les avocats du gouvernement fédéral (c'est-à-dire ceux qui représentent Sa Majesté la Reine du chef du Canada ou une institution fédérale) à utiliser, pour les plaidoiries ou les actes de procédure, la langue officielle choisie par les autres parties. Au Nouveau-Brunswick, une modification apportée récemment (le 1er juin 1991) à la *Loi sur les langues officielles du Nouveau-Brunswick* prévoit qu'une personne qui est partie à des procédures devant un tribunal a droit d'être entendue par un tribunal qui comprend, sans avoir besoin de traduction, la langue officielle dans laquelle la personne a l'intention de procéder. (Voir le paragraphe 13(1.2) de la loi provinciale.) On pourrait en quelque sorte conclure que l'échec de la recherche, par la voie judiciaire, d'une interprétation large et libérale des droits linguistiques garantis par la *Constitution* a rendu plus évidente la nécessité d'une intervention législative. En d'autres termes, l'action judiciaire qui aboutit à une interprétation minimale des droits peut quand même être utile si elle souligne la nécessité d'une réforme législative.

L'existence du droit prévu par la loi de choisir d'être jugé en français ou en anglais a en outre soulevé des questions liées à un certain nombre de droits garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés*. Par exemple, le droit d'être jugé dans un délai raisonnable, prévu par l'alinéa 11*b*) de la *Charte*, a été invoqué dans des cas où les retards furent causés par la négligence des autorités, qui n'ont pas fourni les ressources nécessaires pour permettre à l'accusé d'exercer son droit d'être jugé dans sa langue officielle. Ce moyen a permis d'obtenir la suspension des poursuites[27]. Le droit à un procès impartiel et équitable, prévu par l'alinéa 11*d*) de la *Charte*, a aussi été interprété en tenant compte du choix de la langue du procès effectué par l'accusé. Dans cette affaire, on a fait valoir que l'admission en preuve, dans un procès en français, d'un certificat d'alcootest rédigé uniquement en anglais contreviendrait à l'alinéa 11*d*) lorsque l'accusé s'y opposait[28]. L'incertitude quant à l'issue de ces litiges laisse entrevoir la possibilité que l'interprétation d'autres droits garantis par la *Charte* soit touchée par l'existence du droit prévu par la loi de choisir le français ou l'anglais comme langue de procès criminel. Cette situation aura-t-elle une incidence sur le droit d'être informé des motifs de son arrestation ou de sa détention, sur le droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat (article 10), sur le droit à un procès public et équitable (article 11) ou sur le droit à l'assistance d'un interprète (article 14) ? En outre, on n'a pas encore établi clairement quelle sorte d'interprétation (simultanée ou consécutive) pourrait être exigée en vertu de la *Constitution* lorsque l'accusé exerce le droit garanti par ce texte d'utiliser le français ou l'anglais devant un tribunal[29].

Enfin, dans les domaines où le Parlement a délégué à des tribunaux provinciaux l'application de certaines de ses lois, notamment en matière de faillite et de divorce, des justiciables ont, dans le cadre du Programme de contestation judiciaire, soulevé la question de savoir si le droit d'employer le français s'applique aux procédures judiciaires engagées en vertu des lois fédérales pertinentes. Dans la mesure où le droit d'employer le français ou l'anglais ne peut être exercé que devant les tribunaux établis par le Parlement ou les tribunaux du Manitoba, du Nouveau-Brunswick et du Québec, l'application des lois fédérales par d'autres tribunaux provinciaux risque d'entraîner l'érosion de droits linguistiques qui, autrement, pourraient être exercés si ces mêmes lois étaient appliquées par des tribunaux fédéraux.

c) La langue de services, la langue de travail et l'égalité de statut

La jurisprudence élaborée à l'occasion des litiges portant sur les droits linguistiques en matière législative et judiciaire a donné naissance à deux démarches interprétatives très différentes. Avant 1986, la Cour suprême a élaboré et appliqué une interprétation large et libérale à l'égard des exigences linguistiques imposées aux législatures du Québec et du Manitoba, exigences qui visaient également le Parlement du Canada. Comme le démontrent les affaires examinées ci-dessus, la Cour a dépassé la signification strictement littérale des mots employés aux articles 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* et a élargi le champ d'application du bilinguisme obligatoire à un vaste éventail de textes de législation déléguée ou de règlements. Elle a jugé que les deux langues officielles devaient être utilisées simultanément tout au long du processus législatif et elle a statué que les règles de pratique et de procédure (prises par les tribunaux visés par la garantie constitutionnelle en cause) devaient être publiées dans les deux langues officielles. Aucune de ces prescriptions n'est inscrite comme telle dans les dispositions en question, mais la Cour a jugé qu'elles étaient nécessaires pour donner pleinement effet à l'objectif poursuivi par celles-ci. Les décisions que la Cour suprême a rendues en 1986 et dans les années subséquentes relativement aux droits linguistiques applicables au processus judiciaire, adoptant un point de vue beaucoup plus restrictif, fait appel au devoir de réserve des tribunaux et revient à une interprétation strictement littérale des droits linguistiques prévus par la *Constitution*.

L'existence de ces deux philosophies d'interprétation divergentes en matière de droits linguistiques revêt une grande importance pour les litiges d'ordre constitutionnel fondés sur des dispositions qui n'ont pas encore fait directement l'objet d'un examen de la Cour

suprême. À cet égard, les articles 16 et 20 de la *Charte canadienne des droits et libertés* constituent des exemples instructifs. L'article 16 énonce que le français et l'anglais sont les langues officielles du Canada et qu'ils ont un statut et des droits et privilèges égaux quant à leur usage dans les institutions parlementaires et gouvernementales du Canada. L'article 20 garantit le droit du public à l'emploi du français ou de l'anglais pour communiquer avec le siège des institutions du Parlement ou du gouvernement du Canada ou pour en recevoir les services. Il prévoit que le public jouit également de ce droit à l'égard de tout autre bureau de ces institutions, lorsque l'emploi de l'une ou l'autre langue fait l'objet d'une demande importante ou lorsque la vocation du bureau le justifie. Les articles 16 et 20 s'appliquent aussi au Nouveau-Brunswick, sous réserve, dans ce cas, de l'importante exception voulant que le droit à l'emploi du français ou de l'anglais pour communiquer avec tout bureau des institutions de la législature ou du gouvernement de la province ou pour en recevoir des services ne soit assujettie à aucune restriction fondée sur l'existence d'une demande suffisante ou sur la vocation du bureau.

La question de savoir si l'article 16 peut servir de fondement au droit de travailler, dans la fonction publique par exemple, dans l'une ou l'autre des langues officielles n'a pas encore été tranchée. À ce jour, la jurisprudence n'a fourni aucune réponse définitive, quoique le libellé même de la disposition paraisse certainement étayer une telle conclusion. Toutefois, l'existence des deux philosophies divergentes en matière d'interprétation des droits linguistiques reconnus par la *Constitution* rend imprévisible l'issue de tout litige portant sur cette question. La Cour suprême souscriverait-elle à l'argument voulant que la philosophie minimaliste inspirant ses décisions relatives aux droits linguistiques en matière judiciaire n'ait d'application que dans ce domaine ? Si oui, la perspective libérale adoptée par la Cour dans l'interprétation des droits linguistiques en matière législative pourrait se révéler utile à l'élaboration d'une interprétation généreuse de l'article 16. L'incertitude juridique régnant en ce domaine fournit certainement un bon argument en faveur du soutien de causes comme celle qui a obtenu un appui financier du Programme de contestation judiciaire au mois de janvier dernier. Dans l'affaire *Frantz Etienne* c. *le ministère de la Défense nationale*, une personne qui comptait quinze ans de service au sein de la Réserve de la marine du Canada et qui désirait accéder à un poste administratif spécialisé devait, pour ce faire, suivre certains cours avant de pouvoir poser sa candidature. Les cours ne se donnant qu'en anglais, ce francophone a soutenu, entre autres, que le ministère de la Défense nationale ne respectait pas l'égalité de statut et de droits et privilèges reconnue par l'article 16 de la *Charte* à l'égard des deux langues officielles.

Le présent exposé serait incomplet s'il ne faisait pas mention, à cette étape, de la partie V de la *Loi sur les langues officielles* (1988), laquelle reconnaît expressément que l'anglais et le français sont les langues de travail dans toutes les institutions fédérales et que leurs agents ont le droit d'employer l'une ou l'autre de ces langues, conformément à cette partie. Bien que les dispositions qui y sont contenues délimitent effectivement ce droit, elles constituent le genre d'initiatives positives nécessaires pour permettre l'exercice d'un droit linguistique. Ainsi, les institutions fédérales ont l'obligation, dans la région de la capitale nationale et dans les endroits désignés par le Conseil du Trésor, de veiller à ce que le milieu de travail soit propice à l'usage effectif des deux langues officielles. Il leur incombe également d'assurer des services au personnel dans les deux langues officielles (y compris les services offerts pour les assister dans l'exécution de leurs fonctions), de veiller à ce que la documentation et le matériel d'usage courant et généralisé soient dans les deux langues officielles et de mettre en place une structure adéquate de supervision pour permettre l'usage de ces deux langues. L'application de ces dispositions et la possibilité qu'elles soient plus restrictives que les garanties constitutionnelles découlant de l'article 16 de la *Charte* susciteront probablement des différends. Le fait que la *Loi sur les langues officielles* prévoie un mécanisme de résolution des différends plaide certainement en faveur du traitement des plaintes en application de la *Loi* d'abord. Les plaignants qui ne sont pas satisfaits des résultats du processus de règlement prévu par la *Loi* peuvent s'adresser à la Cour fédérale, laquelle peut accorder la réparation qu'elle estime convenable et juste eu égard aux circonstances. Il peut néanmoins y avoir des occasions où des poursuites fondées sur la *Constitution*, demeurant possible indépendamment de la *Loi sur les langues officielles*, constituent un moyen approprié d'obtenir réparation. C'est le cas lorsque le différend porte sur la validité des restrictions, probablement considérées justes et raisonnables par le gouvernement, imposées par la *Loi* ou par un autre texte à l'égard du droit général de travailler dans l'une ou l'autre langue officielle.

La question de la portée du droit à l'emploi de l'une ou l'autre langue officielle pour communiquer avec une institution fédérale ou pour en recevoir des services a aussi donné lieu à des litiges et est susceptible d'en susciter d'autres. Une cause financée par le Programme a donné lieu à une longue décision de la Cour du banc de la Reine[30]. L'affaire portait sur les incidences de la remise par un agent de la Patrouille routière du Nouveau-Brunswick d'une contravention dressée dans une langue officielle autre que celle du contrevenant. La similitude de cette affaire avec les causes provenant du Québec et du Manitoba entendues par la Cour suprême est évidente. Le juge Richard s'est néanmoins refusé à suivre la méthode interprétative étroite élaborée à l'égard des

dispositions des articles 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* ayant trait au processus judiciaire. Il a jugé que ce courant jurisprudentiel particulier ne devait pas limiter l'interprétation des articles 16 et 20 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. En effet, le juge Richard a souligné que le principe d'égalité consacré à l'article 16 constituait lui-même une source d'inspiration pour l'interprétation des autres dispositions de la *Charte* touchant à la langue. À l'appui de cette proposition, il a cité l'ancien juge en chef de la Cour suprême du Canada :

> « Bien que l'importance précise de l'art. 16 soit débattue dans la doctrine, il constitue à tout le moins un indice très révélateur de l'objet des garanties linguistiques de la *Charte*. En adoptant ces garanties constitutionnelles spéciales dans la *Charte*, le gouvernement fédéral et le gouvernement du Nouveau-Brunswick ont démontré leur engagement à réaliser le bilinguisme officiel dans leurs ressorts respectifs. Peu importe qu'il soit visionnaire, qu'il soit déclaratoire ou qu'il participe d'une disposition de fond, l'art. 16 est un outil important dans l'interprétation des autres dispositions linguistiques de la *Charte*, y compris le par. 19(2)[31]. »

Bien que le poids de la jurisprudence soutienne la proposition voulant que l'article 19 (le droit d'utiliser le français ou l'anglais devant les tribunaux du Nouveau-Brunswick ou les tribunaux établis par le Parlement) reçoive la même interprétation que les articles 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, le juge Richard n'a vu aucune raison de donner aux autres dispositions de la *Charte* portant sur des droits linguistiques, une interprétation qui leur conférerait une portée minimale et forcerait le législateur à les compléter par d'autres textes de loi. Il a même exprimé l'avis qu'il n'existait aucun principe jurisprudentiel concernant l'incidence possible des articles 16 et 20 sur l'interprétation de l'article 19 de la *Charte*.

Le juge Richard a passé en revue, dans les motifs exhaustifs de son jugement, les principales questions soulevées par l'article 20, comme celle de la signification des mots « le public », « institutions de la législature ou du gouvernement [du Nouveau-Brunswick] » et « droit à l'emploi du français ou de l'anglais pour communiquer [...] ou pour en recevoir des services ». Il a jugé que les corps policiers étaient des institutions gouvernementales au service du public au sens de l'article 20, et que le public avait le droit à l'emploi de la langue officielle de son choix pour communiquer avec des agents de police ou pour en recevoir une réponse. En dépit de la similitude existant entre la remise d'une contravention et la délivrance d'une assignation au sens de l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, il a considéré que les circonstances de l'affaire dont il était saisi et les dispositions constitutionnelles invoquées différaient suffisamment pour

qu'il soit fondé à conclure qu'il y avait eu atteinte aux droits linguistiques protégés par l'article 20 (appuyé par les principes de l'article 16). Selon lui, ces dispositions constitutionnelles exigeaient des institutions gouvernementales non seulement qu'elles s'adressent aux membres du public dans la langue officielle de leur choix (et qu'elles leur offrent activement des services dans l'une ou l'autre langue), mais aussi qu'elles soient en mesure de comprendre l'une ou l'autre langue lorsque des membres du public s'adressent à elles. Cela nécessite l'obligation de prendre les moyens raisonnables nécessaires pour respecter les droits linguistiques sous-jacents.

Cette décision du juge Richard a été approuvée et appliquée par un juge de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick, mais un autre juge de la Cour du Banc de la Reine a refusé de la suivre et a rendu une décision contradictoire[32] établissant que le droit à l'emploi de l'une ou l'autre langue officielle pour communiquer avec une institution gouvernementale ou pour en recevoir des services ne s'appliquait pas à une plaidoirie ou à une pièce de procédure émanant d'un tribunal du Nouveau-Brunswick. Étant donné que l'article 19 de la *Charte* s'inspirait manifestement de l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le juge a estimé qu'il devait recevoir la même interprétation. L'affaire *MacDonald* avait décidé d'une façon concluante de la question de la validité d'une assignation rédigée dans une seule des langues officielles, et il n'était pas justifié de tenter d'établir une distinction entre une contravention donnée par la Patrouille routière du Nouveau-Brunswick et une assignation émanant d'un tribunal du Québec. Pour trancher la question particulière dont il était saisi, à savoir la recevabilité en preuve d'un certificat d'alcootest rédigé uniquement en anglais, il a adopté le raisonnement jurisprudentiel restreint établi par la Cour suprême pour l'interprétation des droits linguistiques en matière judiciaire. Le juge n'a rien vu dans l'article 19 de la *Charte* qui exigeait la présentation, dans un procès pénal, d'éléments de preuve bilingues ou rédigés dans la langue de l'accusé, et il a statué que les articles 16 et 20 de la *Charte* ne s'appliquaient pas à la situation en cause. Bien que la loi donne effectivement le droit à un procès devant un juge parlant la langue officielle de l'accusé[33], cela ne modifiait pas pour autant la signification et la portée de l'article 19 de la *Charte*.

On pourrait, bien sûr, essayer d'établir une distinction entre ces deux décisions en invoquant la différence des faits en cause (l'une portant sur la remise d'une contravention et l'autre sur la présentation en preuve d'un certificat d'alcootest dans un procès pénal). Mais même en supposant qu'on ne puisse faire intervenir les articles 16 et 20 de la *Charte* dans l'interprétation des droits linguistiques prévus par la *Constitution* et liés, d'une façon ou d'une autre, aux procédures judiciaires, les questions examinées par le juge Richard conservent leur pertinence à l'égard de la clarification de ces droits

au-delà du processus judiciaire. En vérité, les deux décisions souscrivent à l'affirmation selon laquelle les forces policières provinciales du Nouveau-Brunswick fournissent un large éventail de services au public[34]. À l'égard de ces services (qui ne touchent pas la délivrance d'assignations), il serait probablement requis de la part des membres des forces policières de respecter les droits linguistiques énoncés à l'article 20 de la *Charte*. Il en va de même de toutes les autres institutions gouvernementales du Nouveau-Brunswick.

En matière de services gouvernementaux autres que les services offerts au siège ou à l'administration centrale des institutions fédérales (ou aux bureaux et installations situés dans la région de la capitale nationale), le règlement d'application de la *Loi sur les langues officielles* adopté en décembre 1991 a traité en détail des questions relatives à la « demande importante » et à la « vocation du bureau ». Il s'agit d'un texte réglementaire complexe qui ne se prête pas à une analyse brève ou superficielle. Il reflète, cependant, les efforts déployés par le gouvernement fédéral pour appliquer concrètement le droit constitutionnel à l'emploi de l'une ou l'autre langue officielle pour communiquer avec des institutions fédérales ou pour en recevoir des services. Le mécanisme de règlement des plaintes s'applique à ces mesures, tout comme le droit de s'adresser à la Cour fédérale lorsque l'enquête et les conclusions du Commissariat aux langues officielles ne donnent pas satisfaction. Comme c'est le cas pour la disposition relative à la langue de travail dans les institutions fédérales, on peut envisager la possibilité d'entreprendre des poursuites fondées sur la *Constitution* si l'on considère qu'une disposition de la partie IV de la Loi ou des règlements restreint les droits sous-jacents protégés par l'article 20 de la *Charte*.

Une des questions éventuelles à résoudre est celle de savoir si l'article 1 de la *Charte* (limites raisonnables dans une société libre et démocratique) pourrait être utilisée afin de restreindre la portée de l'article 20 de la *Charte*. À cet égard, les coûts élevés associés à l'offre des services dans les deux langues officielles pourraient-ils être invoqués afin de justifier la décision de n'offrir lesdits services que dans une langue officielle ? En ce qui a trait à la définition d'institutions fédérales, des questions pourraient se poser quant aux responsabilités des filiales de sociétés d'État face à l'obligation d'offrir des services bilingues au public. Bien que la *Loi sur les langues officielles* impose les mêmes obligations aux sociétés d'État ainsi qu'à leurs filiales à 100 p. 100, les autres filiales qui ne sont pas à 100 p. 100, échappent à toutes obligations à cet égard. Dans certaines circonstances, (par exemple, lorsqu'une société d'État a un intérêt de 95 p. 100 dans une filiale) de sérieuses questions pourraient survenir quant à l'applicabilité de l'article 20 de la *Charte*. On pourrait aussi s'interroger sur la possibilité pour un membre du public de

réclamer des dommages, à titre de réparation en vertu de l'article 24 de la *Charte*, dans un cas de refus d'offrir des services dans les deux langues officielles tel que requis. Le mécanisme de résolution des plaintes prévu par la *Loi sur les langues officielles*, y compris le recours judiciaire en Cour fédérale, est présentement en cause dans l'affaire *Etienne*. Selon le ministère de la Justice, les dispositions de la *Loi sur les langues officielles* n'envisagent pas la possibilité d'accorder des dommages. Cependant, le Commissaire aux langues officielles prétend que les dispositions de la Loi sont assez larges pour donner droit à des dommages. Même si la position du ministère de la Justice devait être préférée, il y aurait toujours possibilité de réclamer des dommages en vertu de l'article 24 de la *Charte*.

Au-delà de la question des services offerts par les institutions fédérales elles-mêmes, certains se sont inquiétés de la façon dont la délégation des responsabilités administratives prévues par le droit fédéral à des fonctionnaires provinciaux pourrait influer sur les obligations constitutionnelles fédérales. Il semble déjà exister un large éventail d'ententes fédérales-provinciales dans des domaines comme le transport, la fiscalité, les services de santé, l'immigration et l'aide juridique. Il faut se rappeler également que les négociations actuelles relatives à la réforme constitutionnelle ont soulevé directement la question de la délégation administrative de fonctions fédérales aux provinces mais que, jusqu'à présent, toutes les propositions prévoyaient que la délégation serait assujettie au respect des obligations du gouvernement fédéral en matière de langues officielles. Il n'en reste pas moins que la façon dont la délégation est faite et la façon dont le pouvoir délégué s'exerce risque de soulever d'importantes questions concernant le respect intégral des droits linguistiques prévus à l'article 20 de la Charte.

d) Les droits linguistiques et les écoles

Le droit constitutionnel à l'instruction dans la langue de la minorité constitue l'un des plus importants droits linguistiques protégés par la *Charte canadienne des droits et libertés*. La santé et la vitalité des minorités de langue française ou anglaise dépend dans une large mesure de l'accessibilité à des établissements d'enseignement qui reflètent l'identité et les aspirations de celles-ci. Sans écoles, ceux qui appartiennent à ces minorités francophones ou anglophone perdraient le cadre institutionnel indispensable à la

transmission de leur langue et de leur culture à la génération suivante. En ce sens, un système d'éducation qui restreint l'établissement et l'essor de l'instruction dans la langue d'une minorité compromet la survivance même de la minorité comme élément identifiable d'une société plus large.

L'article 23 de la *Charte* régit la question de l'accessibilité à l'instruction dans la langue de la minorité d'une façon relativement détaillée. Contrairement à d'autres droits garantis par la *Charte*, qui sont d'application générale, l'article 23 prévoit des critères précis pour déterminer qui peut revendiquer le droit général de faire instruire ses enfants dans la langue officielle de la minorité francophone ou anglophone aux niveaux primaire et secondaire. Deux catégories principales de citoyens canadiens peuvent se prévaloir de ce droit :

(i) ceux dont la première langue apprise et encore comprise est celle de la minorité francophone ou anglophone de la province où ils résident,

(ii) ceux qui ont reçu leur instruction, au niveau primaire, en français ou en anglais au Canada et qui résident dans une province où cette langue est celle de la minorité.

De plus, la continuité d'emploi de la langue d'instruction pour tous les enfants de la même famille est garantie au paragraphe 23(2). Ainsi, lorsqu'un enfant a reçu ou reçoit son instruction, au niveau primaire ou secondaire, en français ou en anglais au Canada, tous ses frères et soeurs ont le droit de recevoir leur instruction dans la même langue. Il faut se rappeler que la première catégorie mentionnée ci-dessus (soit celle relative à la langue maternelle) n'est pas en vigueur au Québec, par conséquent le droit à l'instruction dans la langue de la minorité y est plus limité qu'ailleurs au pays.

La question de savoir qui peut se prévaloir du droit à l'instruction dans la langue de la minorité a amené pour la première fois la Cour suprême du Canada à se pencher sur la façon d'interpréter l'article 23 de la *Charte*. L'affaire *Procureur général du Québec c. Quebec Protestant School Boards*[35] concernait les dispositions de la *Charte de la langue française* qui limitent le droit à l'enseignement en langue anglaise aux niveaux primaire et secondaire (sous réserve de certaines conditions) aux enfants dont le père ou la mère a reçu l'enseignement primaire en anglais au Québec. On pouvait difficilement nier qu'à cet égard, la *Charte de la langue française* était contraire au critère de la deuxième catégorie mentionnée précédemment. La Cour suprême a rejeté les arguments fondés sur l'article premier de la *Charte* et n'a pas hésité à reconnaître l'inviolabilité des droits

énoncés à l'article 23. En effet, la Cour a conclu qu'aucune assemblée législative provinciale ne peut unilatéralement modifier les critères prévus à l'article 23 de façon à limiter l'étendue du droit à l'instruction dans la langue de la minorité, droit garanti par la *Constitution*.

Néanmoins, la possibilité de se prévaloir de ce droit dépend soit de la langue maternelle des parents, soit de la langue dans laquelle ces derniers ont reçu leur instruction au niveau primaire, ce qui soulève la question de la connaissance de la langue chez les enfants qui reçoivent leur instruction dans la langue de la minorité. L'instruction dans la langue de la minorité pourrait, comme c'est parfois le cas, être dispensée seulement aux enfants qui ont déjà une bonne connaissance de cette langue. Des règles de cette nature semblent reposer sur la nécessité d'assurer que l'enseignement dans la langue de la minorité ne subisse aucun retard ou interruption indus en raison du manque de connaissances de quelques étudiants, ou encore sur la nécessité de protéger l'homogénéité linguistique des classes ou des écoles de la minorité linguistique. Mais peu importe la justification donnée à ces règles, il n'en demeure pas moins qu'elles causent des problèmes dans la mesure où elles privent les parents qui satisfont aux critères de l'article 23 du droit de faire instruire leurs enfants, aux niveaux primaire et secondaire, dans la langue de la minorité[36]. Il n'y aurait aucun problème s'il était possible d'interpréter et d'appliquer ces règles sans porter atteinte aux droits garantis par l'article 23 et de façon à en étendre l'application[37]. Il n'est peut-être pas surprenant, compte tenu des forts taux d'assimilation des minorités francophones dans différentes parties du pays, que certains enfants connaissent très peu la langue maternelle de leur père ou de leur mère ou des deux. Par conséquent, pour que l'article 23 soit parfaitement appliqué, il pourrait bien être nécessaire de créer des classes spéciales afin que ces enfants puissent acquérir les connaissances qui leur manquent et être en mesure de recevoir un enseignement complet dans la langue de la minorité. Cette question reste toutefois à régler.

Il existe, au delà de la question de la constitutionnalité des dispositions législatives qui sont clairement contraires à l'article 23 de la *Charte*, de nombreuses questions de fond concernant le contenu véritable des droits garantis par cette disposition. Le droit général des citoyens canadiens de faire instruire leurs enfants dans la langue de la minorité est soumis à un critère à deux volets relatif à la justification par le nombre, prévu au paragraphe 23(3). Ainsi, dans une province, ce droit :

(a) « s'exerce partout [...] où le nombre des enfants des citoyens qui ont ce droit est suffisant pour justifier à leur endroit la prestation, sur les fonds publics, de l'instruction dans la langue de la minorité;

(b) comprend, lorsque le nombre de ces enfants le justifie, le droit de les faire instruire dans des établissements d'enseignement de la minorité linguistique financés sur les fonds publics. »

Comme on peut le voir, l'instruction dans la langue de la minorité pourrait être donnée dans un établissement qui ne sert pas uniquement à cette fin. Il est évident que le type d'établissement utilisé est, d'une certaine façon, lié au nombre d'étudiants en cause.

Plus ce nombre est élevé, plus on accordera de poids aux arguments en faveur d'établissements distincts. L'alinéa *b*) ci-dessus laisse entendre, qu'à un certain point, le nombre d'étudiants sera suffisant pour justifier la prestation de l'instruction dans la langue de la minorité dans des établissements tout à fait séparés des écoles où se donne l'instruction dans la langue officielle de la majorité. Outre la question de l'endroit où l'instruction doit se donner surgissent également des questions relatives à l'étendue des cours et au type de programmes qui doivent être offerts dans la langue de la minorité, aux ressources qui doivent être allouées et aux cours obligatoires de langue seconde qui seront dispensés, ainsi qu'au rôle des parents dans le fonctionnement et le contenu de l'enseignement dans la langue de la minorité.

Les actions portant sur l'interprétation et l'application de l'article 23 ont été intentées dans presque toutes les provinces dans le cadre du Programme de contestation judiciaire. Ces actions découlaient du fait que les provinces n'avaient pas pris les mesures appropriées pour donner suite à la reconnaissance constitutionnelle (en 1982) des droits linguistique de la minorité. Certaines causes ont notamment été provoquées par le refus des pouvoirs publics d'offrir l'instruction dans la langue de la minorité (généralement parce que l'on prétendait que le nombre de personnes y ayant droit ne le justifiait pas). D'autres causes sont survenues à la suite d'allocation inéquitable des ressources à l'instruction dans la langue de la minorité ou encore, en raison du défaut de reconnaître le rôle des parents dans la gestion et le contrôle de l'instruction dans la langue de la minorité et des établissements où elle est dispensée. D'autres aussi ont dénoncé le fait que les dirigeants d'un conseil scolaire local aient demandé que les enfants de parents visés par l'article 23 soient placés dans des classes d'immersion en français ou transportés en autobus vers une école d'un autre district. D'autres, enfin, ont déploré le refus des dirigeants d'un conseil scolaire de désigner des établissements d'enseignement séparés

pour la minorité linguistique (encore une fois parce que l'on prétendait que nombre des personnes intéressées ne le justifiait pas). Il y a eu prolifération d'actions en raison des circonstances très différentes dans lesquelles se retrouvent les membres des minorités linguistiques; ce facteur pourrait d'ailleurs être utilisé éventuellement par une province pour nier la pertinence d'une affaire décidée dans une autre. En outre, le libellé même de l'article 23 laisse place à toute une variété d'interprétations, ce qui ajoute à l'incertitude découlant déjà de la complexité des faits eux-mêmes.

Des actions relatives à l'article 23 ont soulevé une question très importante concernant l'approche à adopter pour interpréter cette disposition. La Cour suprême, comme elle en avait discuté dans le cas du bilinguisme en matière législative et judiciaire, a élaboré deux approches très différentes pour interpréter les droits linguistiques garantis par la *Constitution*. L'approche restrictive et littérale a été favorisée par un certain nombre de cours supérieures provinciales. Cette approche trouve son origine dans la décision rendue par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick et autres* c. *Association of Parents*, où la Cour a affirmé ce qui suit :

> « À la différence des droits linguistiques qui sont fondés sur un compromis politique, les garanties juridiques tendent à être de nature plus féconde parce qu'elles se fondent sur des principes. [...]
>
> D'autre part, même si certains d'entre eux ont été élargis et incorporés dans la *Charte*, les droits linguistiques ne reposent pas moins sur un compromis politique. Cette différence essentielle entre les deux types de droits impose aux tribunaux une façon distincte d'aborder chacun. Plus particulièrement, les tribunaux devraient hésiter à servir d'instruments de changement dans le domaine des droits linguistiques. Cela ne veut pas dire que les dispositions relatives aux droits linguistiques sont immuables et qu'elles doivent échapper à toute interprétation par les tribunaux. Je crois cependant que les tribunaux doivent les aborder avec plus de retenue qu'ils ne le feraient en interprétant des garanties juridiques. »[38]

En ce qui concerne le droit des parents, qui répondent aux critères prévus par l'article 23, de gérer et de contrôler l'instruction et les établissements où elle est dispensée -- question qui n'a pas été explicitement réglée à la lumière de cette disposition -- une interprétation restrictive de la disposition aurait facilement pu mener à la conclusion que ce droit n'existe pas. C'est d'ailleurs ce qu'a conclu la Cour d'appel du Manitoba dans l'affaire *Reference Re Section 79(3), (4) and (7) of the Public Schools Act of Manitoba*[39].

La Cour d'appel de l'Alberta a adopté une approche semblable dans l'affaire *Mahé et al.* c. *Alberta*[40], où elle a néanmoins affirmé que l'alinéa 23(3)*b*) conférait à une minorité linguistique le droit de contrôler un système scolaire indépendant « lorsque le nombre le justifi[ait] ». Mais à son avis, ce n'était pas le cas en l'espèce, en partie parce que la minorité n'avait pas démontré que le droit pouvait être exercé à un coût raisonnable. La Cour d'appel de l'Î.-P.-É. a approuvé cette façon prudente et mesurée d'interpréter les droits linguistiques dans l'affaire *Reference Re Minority Language Educational Rights (P.E.I.)*[41].

D'autres tribunaux ont refusé d'interpréter de façon restrictive et littérale les droits garantis par l'article 23. Il y a lieu de souligner ici la décision rendue par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Reference Re Education Act of Ontario and Minority Language Education Rights*[42], où la Cour a affirmé que l'article 23 était essentiellement une disposition réparatrice. La Cour suprême du Canada en était déjà arrivée à cette conclusion lors de sa première décision relative aux critères d'éligibilité de l'article 23, qui a déjà été mentionnée. Selon la Cour d'appel de l'Ontario, les dispositions réparatrices doivent recevoir une interprétation libérale. Plus encore, on ne devrait pas enlever toute valeur à une disposition de la *Charte* par une interprétation restrictive, technique ou littérale, sans se préoccuper de leur objet ou du contexte. Cette aproche a été adoptée par la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse dans l'affaire *Lavoie et al.* c. *Nova Scotia*[43].

Le Programme de contestation judiciaire a participé au paiement des frais juridiques dans toutes les affaires susmentionnées. Ces affaires soulevaient différentes questions, mais la façon générale d'interpréter l'article 23 était pertinente dans tous les cas. La Cour suprême du Canada a finalement eu l'occasion de régler cette question dans l'affaire *Mahé*, dont la décision a été rendue en mars 1990. En réaffirmant que l'article 23 avait un caractère réparateur, la Cour a établi clairement qu'une interprétation restrictive était inappropriée. À son avis, l'article 23 « était destiné à remédier, à l'échelle nationale, à l'érosion progressive des minorités parlant l'une ou l'autre langue officielle et à appliquer la notion de « partenaires égaux » des deux groupes linguistiques officiels dans le domaine de l'éducation ».[44] En outre, la Cour a reconnu que les droits garantis par l'article 23, par leur nature même, imposaient aux gouvernements des obligations corrélatives :

> « En effet, l'article 23 confère à un groupe un droit qui impose au gouvernement des obligations positives de changer ou de créer d'importantes structures institutionnelles. S'il y a lieu d'être prudent dans l'interprétation d'un tel article, cela ne veut pas dire que les tribunaux ne devraient pas « insuffler la vie » à l'objet exprimé ou devraient se garder d'accorder les réparations, nouvelles peut-être, nécessaires à la réalisation de cet objet. »[45]

Le rejet par la Cour suprême d'une interprétation restrictive et littérale de l'article 23 a marqué une étape importante. On a ainsi établi des paramètres qui auront des répercussions positives sur les questions concernant cette disposition qui n'ont pas encore été tranchées mais qui sont soulevées dans de nombreuses autres affaires.

La Cour suprême a également, dans l'arrêt *Mahé*, donner quelques lignes à suivre sur la principale question de fond qui lui était soumise, à savoir le droit des parents visés par l'article 23 de gérer et de contrôler l'instruction et les établissements où elle est dispensée. En abordant cette question, la Cour a souligné qu'il était important d'éviter d'appliquer des normes strictes et numériques qui entraîneraient, d'une part, un droit à l'« instruction » dans la langue de la minorité seulement (al. 23(3)*a*)) et, d'autre part, un droit à des « établissements d'enseignement » de la minorité linguistique (al. 23(3)*b*)). Voici ce qu'a dit la Cour :

> « ... [l'article 23] doit être considéré comme établissant une exigence « variable », le niveau supérieur étant prévu à l'al. (3)*b*) et le niveau inférieur, correspondant au mot « instruction », étant prévu à l'al. (3)*a*). L'idée de critère variable signifie simplement que l'art. 23 garantit le type et le niveau de droits et de services qui sont appropriés pour assurer l'instruction dans la langue de la minorité au nombre d'élèves en question. »[46]

Ces droits et services incluent un certain degré de gestion et de contrôle par les parents intéressés[47], dont les modalités exactes de mise en application sont cependant laissées à la discrétion des pouvoirs publics. Ce degré de gestion et de contrôle peut, « lorsque le nombre le justifie », exiger la création d'un conseil scolaire indépendant. Mais « lorsque les chiffres ne justifient pas ce niveau maximum de gestion et de contrôle, ils peuvent néanmoins être assez élevés pour exiger la représentation de la minorité linguistique au sein d'un conseil scolaire existant ». La Cour a, à cet égard, énoncé un ensemble de règles et de normes qui doivent être respectées :

(1) La représentation de la minorité linguistique au sein des conseils locaux ou des autres pouvoirs publics qui administrent l'instruction dans la langue de la minorité ou les établissements où elle est dispensée, devrait être garantie.

(2) Le nombre de représentants de la minorité linguistique au sein du conseil devrait être au moins proportionnel au nombre d'élèves de la minorité linguistique dans le district scolaire, c.-à-d. au nombre d'élèves de la minorité linguistique qui relèvent du conseil.

(3) Les représentants de la minorité linguistique devraient avoir le pouvoir exclusif de prendre des décisions concernant l'instruction dans sa langue et les établissements où elle est dispensée, notamment :

a) les dépenses de fonds prévus pour cette instruction et ces établissements;

b) la nomination et la direction des personnes chargées de l'administration de cette instruction et de ces établissements;

c) l'établissement de programmes scolaires;

d) le recrutement et l'affectation du personnel, notamment des professeurs;

e) la conclusion d'accords pour l'enseignement et les services dispensés aux élèves de la minorité linguistique.

La Cour suprême a reconnu que même si elle avait rendu une décision très détaillée dans cette affaire, il était inévitable que l'on assiste dans l'avenir à d'autres actions relatives à l'article 23. Les conditions générales qui doivent être appliquées ont été établies par la Cour mais leurs modalités ont été laissées à la discrétion des pouvoirs publics provinciaux. Ceci amènera indubitablement des opinions divergentes sur la question de savoir si ces conditions ont été respectées. En ce qui concerne la question de la gestion et du contrôle, la Cour a fait preuve de prudence et a souligné que sa décision visait uniquement « le degré de gestion et de contrôle requis en vertu de l'article 23, en deçà d'un conseil séparé, lorsque le nombre d'élèves visés par l'article 23 est suffisamment important pour justifier un déplacement vers le niveau supérieur du critère variable. D'autres degrés de gestion et de contrôle peuvent être nécessaires dans

des situations où le nombre ne justifie pas l'attribution de pleins droits de gestion et de contrôle. Ce qui est requis dans chaque cas dépendra de ce que le « nombre justifie ». »[48]

Puisque le « nombre » était suffisant pour entraîner l'application des règles et normes précises relatives à la gestion et au contrôle mentionnées plus haut, quelles conséquences peut entraîner les dispositions législatives qui ne prévoient pas de paramètres appropriés pour leur mise en application ? La Cour a montré qu'elle était peu disposée à invalider une disposition législative -- et à créer ainsi un vide juridique -- si la disposition en question n'a pas eu pour effet, directement ou indirectement, d'empêcher l'exercice d'un droit garanti par la *Charte*. Dans l'affaire *Mahé*, elle a décidé que la loi de l'Alberta n'empêchait pas nécessairement l'exercice des droits garantis par l'article 23. (Le véritable obstacle à cet exercice était l'inaction des pouvoirs publics.) Mais alors que le gouvernement aurait pu, dans le cadre de la loi en vigueur, mettre en place un régime visant à assurer le respect des droits de l'article 23 en cause, il ne l'a pas fait, ce qui a amené la Cour à déclarer :

> « Dès lors que la Cour s'est prononcée sur ce qui est requis à Edmonton, le gouvernement peut et doit prendre les mesures nécessaires pour assurer aux appelants et aux autres parents dans leur situation ce qui leur est dû en vertu de l'article 23. L'article 23 de la *Charte* impose aux législatures provinciales l'obligation positive d'édicter des dispositions législatives précises pour fournir une instruction dans la langue de la minorité et des établissements d'enseignement de la minorité linguistique lorsque le nombre le justifie. Jusqu'à maintenant, la législature de l'Alberta a négligé de remplir cette obligation. Elle ne doit plus tarder à mettre en place un système approprié d'enseignement dans la langue de la minorité. »[49]

Il n'a pas encore été clairement établi ce que la Cour ferait si le gouvernement négligeait toujours de prendre des mesures adéquates. Bien que la Cour suprême ait, dans l'affaire *Mahé*, énoncé des règles fondamentales applicables à l'interprétation de l'article 23, les tribunaux devront encore se pencher sur cette question dans l'avenir. La Cour a elle-même reconnu qu'« il [était] impossible à ce stade de l'évolution de l'article 23 de prévoir toutes les circonstances entourant son application ».

Des affaires commencées avant la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Mahé* ont soulevé des questions importantes qui ne sont pas encore entièrement réglées. L'affaire *Commission des écoles fransaskoises et al.* v. *Saskatchewan*[50], par exemple, portait sur le rapport existant entre les limites territoriales des divisions scolaires existantes et la façon

de déterminer le nombre de personnes pouvant se prévaloir du droit à l'instruction dans la langue de la minorité. Cette question est capitale dans presque toutes les affaires étant donné que ce nombre détermine le niveau de services auquel ces personnes ont droit en matière d'éducation. La Cour du banc de la Reine de la Saskatchewan a décidé à juste titre que la détermination du nombre en fonction des limites territoriales existantes, conformément à la loi, peut restreindre ou empêcher l'exercice des droits garantis par l'article 23. En effet, si des enfants de parents visés par l'article 23 vivant juste à l'extérieur des limites étaient regroupés avec ceux vivant à l'intérieur de celles-ci, il pourrait y avoir reconnaissance d'un droit à l'instruction dans la langue de la minorité qui aurait une très grande étendue. Par contre, exclure les enfants des parents visés par l'article 23, vivant à l'extérieur des limites existantes, pourrait laisser croire à tort que le nombre ne justifie pas la prestation de l'instruction dans la langue de la minorité ou la désignation d'établissement d'enseignement séparés.

La Cour suprême du Canada a adopté cette approche dans l'affaire *Mahé* et a décidé que les calculs pertinents devaient être faits sur une base locale et ne devaient pas se limiter aux subdivisions scolaires existantes. Elle n'a toutefois pas imposé au gouvernement l'obligation d'inclure une méthode particulière de calcul dans la loi ou les règlements, ce qui pourrait très bien entraîner d'autres actions dans ce domaine dans l'avenir. La Cour, qui considère inévitable cette situation, a d'ailleurs affirmé : « La multitude des circonstances que les tribunaux pourront être appelés à examiner montre pourquoi il faut éviter de définir une formule d'application rigide pour l'article 23. »[51]

De façon générale, la Cour suprême a déterminé, dans l'affaire *Mahé*, que « le chiffre pertinent aux fins de l'article 23 est le nombre de personnes qui se prévaudront en définitive du programme ou de l'établissement envisagés ». En déterminant ce chiffre, les pouvoirs publics doivent considérer les deux paramètres suivants :

- la demande connue relative au service;

- le nombre total de personnes qui pourraient éventuellement se prévaloir du service.

L'affaire *Lavoie et al.* v. *A.G. Nova Scotia*[52] montre bien les difficultés liées à l'application du critère de la « justification par le nombre ». Le requérant, dans un effort pour démontrer qu'il y avait un nombre d'enfants suffisant pour justifier la prestation de l'instruction dans la langue de la minorité, a produit une étude professionnelle du nombre d'enfants ayant droit à l'instruction dans la langue de la

minorité. Bien que cette étude ait établi que de 300 à 400 enfants pouvaient se prévaloir de ce droit, le juge de première instance lui a accordé peu d'importance principalement parce qu'elle avait été préparée sans aucune proposition du conseil scolaire relative à un endroit précis où serait situés les établissements d'enseignement ou encore relative au genre de programmes qui seraient offerts. En conséquence, il a ordonné à ce dernier d'élaborer un programme d'enseignement de la langue française, de désigner un établissement adéquat où cet enseignement serait dispensé et de procéder à une pré-inscription. Un différend entre les parties au sujet de l'endroit proposé pour l'école a nécessité par la suite l'intervention du juge qui a statué que celui-ci n'était pas un choix raisonnable. Après que le conseil scolaire eut choisi un autre endroit, on a procédé à l'inscription dans la communauté intéressée. Seuls 46 étudiants ont été inscrits (de la première à la huitième année), ce qui a amené le conseil scolaire et le ministre de l'Éducation de la province à décider que le nombre ne justifiait pas la prestation de l'instruction dans la langue de la minorité, sans parler de la désignation d'un établissement séparé, conclusion à laquelle en est arrivé également le juge de première instance.

La Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a infirmé cette décision en partie (elle a affirmé que le nombre d'étudiants pré-inscrits confirmait à tout le moins le droit à l'instruction dans la langue de la minorité, si ce n'est à des établissement séparés). Mais on pourrait, à juste titre, se demander si la décision aurait été la même si les paramètres établis par la Cour suprême du Canada en ce qui concerne la justification par le nombre avaient été appliqués en l'espèce. Non seulement les conditions dans lesquelles les pré-inscriptions ont été faites semblaient douteuses, mais la Cour semblait penser que les résultats obtenus étaient déterminants. Cette façon de voir est-elle contraire à l'opinion de la Cour suprême selon laquelle le nombre total de personnes qui **pourraient éventuellement se prévaloir du service** est un paramètre important lorsque l'on décide si le critère de la « justification par le nombre » est rempli ?

On peut manifestement s'attendre à ce que les tribunaux soient saisis d'autres affaires portant sur l'interprétation et l'application du critère de la « justification par le nombre ». Mais ces affaires pourraient également soulever d'autres questions, par exemple, la façon dont sont allouées les ressources du système de l'éducation. La validité de la loi ontarienne a été mise en doute. Celle-ci, tout en prévoyant la création de conseils scolaires de langue française indépendantes divisées en sections publiques et catholiques, permet l'acquisition de nouveaux établissements par une section seulement au détriment de l'autre. Cette même loi prévoit également qu'un contribuable est présumé, en l'absence d'une déclaration contraire, financer le système scolaire public

principalement anglophone. Une application particulière de cette règle comporte la division des impôts fonciers payés par les entreprises. Lorsqu'une entreprise néglige d'aviser les autorités intéressées qu'elle souhaite financer le système scolaire séparé, ses impôts fonciers sont automatiquement alloués au système scolaire public. En outre, même si l'entreprise indique qu'elle souhaite financer le système scolaire séparé, son soutien est fonction du nombre de ses actionnaires catholiques. Pour ce qui est des particuliers, la loi ontarienne ne permet pas à un non-catholique de participer au financement du système scolaire séparé, même si tous les francophones, peu importe leur religion, veulent combiner leurs efforts pour améliorer la qualité de l'instruction en français. La validité de ces dispositions est contestée dans de nombreuses affaires engagées grâce à l'aide financière du Programme de contestation judiciaire. Ce qu'on vise alors est l'accessibilité à une part équitable et juste des ressources nécessaires au soutien de l'instruction dans la langue de la minorité. À supposer que l'article 23 donne effet à la « notion de partenaires égaux des deux groupes linguistiques officiels dans le domaine de l'éducation » et que le groupe minoritaire ait droit à l'instruction dans la langue de la minorité financée par les fonds publics, ces affaires seront très utiles pour préciser la portée des droits garantis par la *Constitution*.

La relation entre les droits à l'instruction dans la langue de la minorité garantis par l'article 23 de la *Charte* et les droits confessionnels garantis par l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et d'autres dispositions constitutionnelles semblables soulève des questions juridiques complexes, comme l'a reconnu la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Mahé*[53]. L'aide que le Programme de contestation judiciaire apporte actuellement aux affaires dans ce domaine contribuera manifestement à clarifier de quelle façon ces droits devraient et peuvent être harmonisés.

La méthode du critère variable appliquée par la Cour suprême, dans l'affaire *Mahé*, aux droits garantis par l'article 23 pourrait également faire l'objet d'autres actions dans l'avenir. Dans cette affaire, les droits à la gestion et au contrôle étaient liés au niveau supérieur de ce critère variable, sans aller jusqu'à la création de commissions ou de conseils scolaires francophones séparés. Le Programme de contestation judiciaire finance déjà une affaire portant sur la validité des dispositions de la loi ontarienne qui confèrent seulement un rôle consultatif, et non décisionnel, aux comités francophones. On ne sait si la Cour suprême a voulu laisser entendre que les droits de gestion et de contrôle liés au niveau inférieur du critère variable ne comprenaient pas de pouvoir décisionnel. Mais même si l'on fait exception des particularités de cette affaire, on peut s'attendre à ce que l'étendue réelle des droits de gestion et de contrôle à chacun des niveaux du critère variable soient souvent l'objet de différends.

La Cour suprême a établi clairement, dans l'arrêt *Mahé*, que les gouvernements doivent prendre les mesures nécessaires, notamment par l'adoption de lois prévoyant des régimes particuliers, pour respecter l'obligation qui leur incombe de mettre en place un cadre institutionnel approprié pour la mise en application des droits garantis par l'article 23. L'expérience a démontré toutefois que les pouvoirs publics sont lents à répondre à cette obligation. C'est pour cette raison que le Programme de contestation judiciaire a décidé de financer des affaires où il y a violation des droits linguistiques prévus par la *Constitution*, dans lesquelles on cherche à obtenir de nouvelles mesures de redressement en vertu de la *Charte*, outre la simple déclaration selon laquelle des droits ont été violés. L'incessant refus d'apporter des changements au système d'enseignement a ainsi amené le Programme à financer la préparation de deux affaires en vue d'une audience de première instance. Les parties envisagent, dans ces affaires, de demander au tribunal de leur accorder des dommages-intérêts punitifs à la suite d'une violation de l'article 23. L'évolution du droit en ce qui concerne les mesures de redressement possibles en cas de violation des droits garantis par la *Constitution* sera très importante au regard de l'exercice efficace des droits linguistiques en général.

5- Sommaire des questions non résolues

Le survol des causes, que nous venons de faire, concernant la composante des droits linguistiques du Programme de contestation judiciaire ne prétend pas traiter de tous les détails. Il a fait toutefois ressortir des domaines dans lesquels l'étendue des droits demeure incertaine, surtout dans la mesure où ils se rapportent aux articles 16, 20 et 23 de la *Charte*. Par ailleurs, même si le sens que prennent les garanties linguistiques relatives aux processus législatif et judiciaire prévues dans la *Constitution* a été analysé dans un grand nombre de décisions judiciaires, certaines questions n'ont pas été tranchées de façon définitive.

Comme on l'a vu en détail ci-dessus, les droits à l'instruction dans la langue de la minorité visés à l'article 23 de la *Charte* donneront vraisemblablement lieu à des litiges dans l'avenir. Ce fait a été explicitement reconnu par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Mahé*. Puisque le niveau de gestion et de contrôle de l'instruction dans la langue de la minorité par les membres de la minorité en question varie en fonction de ce que le nombre justifie, il pourrait être difficile d'éviter des différends concernant les modalités choisies par une province pour donner effet à l'article 23. Sont-elles valides ou non ? L'arrêt *Mahé* ne propose aucune ligne directrice à suivre pour déterminer quand, compte tenu du nombre, une communauté linguistique minoritaire passe d'un niveau de gestion

et de contrôle à un autre et ne donne aucune indication sur ce que ces différents niveaux peuvent être. Par ailleurs, le seul mode de calcul du nombre et la question de savoir si le nombre auquel le calcul permet d'arriver justifie la prestation de l'instruction dans la langue de la minorité pourraient donner lieu à des désaccords qui ne seront pas faciles à régler et qui auront de bonnes chances de mener à des litiges.

L'affectation de ressources à la prestation de l'instruction dans la langue de la minorité est une autre question qui est susceptible de donner lieu à des litiges. Le principe sous-jacent de l'accès à une instruction dans la langue de la minorité de qualité égale à celle qui est offerte à la majorité aura évidemment des répercussions sur un vaste éventail de questions financières. Les tribunaux pourraient très bien être appelés à entendre des affaires contentieuses qui pourraient notamment porter sur la façon dont les ressources sont réparties entre les écoles confessionnelles séparées et les écoles offrant l'instruction dans la langue de la minorité. La Cour suprême a reconnu que des décisions visant à harmoniser les intérêts des écoles confessionnelles et le droit à l'instruction dans la langue de la minorité pourraient éventuellement s'imposer. De façon plus générale, le niveau de financement qui est accordé aux fins de l'instruction dans la langue de la minorité et le processus de prise de décisions qui s'y rapporte sont des questions qui sont hautement susceptibles de donner lieu à des actions en justice.

Un régime distinct doit de toute évidence refléter la langue et la culture de la minorité (un principe qui s'applique également à l'instruction dans la langue de la minorité). Comme les parents qui répondent aux critères d'admissibilité peuvent bénéficier des droits visés à l'article 23, on s'est posé la question à savoir s'il incombe à l'État de fournir un programme de perfectionnement linguistique initial quelconque aux enfants de parents admissibles qui éprouvent de la difficulté dans la langue de la minorité. La nécessité d'assurer l'homogénéité linguistique des écoles offrant l'instruction dans la langue de la minorité et le caractère réparateur de l'article 23 militeraient certainement en faveur de la reconnaissance d'une telle obligation pour l'État. Cette question et d'autres liées à l'homogénéité linguistique et culturelle des écoles offrant l'instruction dans la langue de la minorité pourraient donner lieu à des actions en justice.

Enfin, compte tenu des difficultés à faire respecter l'article 23, il y a lieu de se demander s'il est possible d'obtenir une réparation, autre qu'une simple déclaration voulant qu'il y a eu atteinte aux droits linguistiques garantis par la *Constitution*, surtout si aucune mesure n'est prise pour remédier à la situation. En plus de faire préparer une étude juridique sur les problèmes liés à l'établissement d'un régime de responsabilité civile pour les atteintes aux droits linguistiques garantis, le Programme de contestation

judiciaire a appuyé deux causes dans lesquelles les demandeurs entendent obtenir des dommages-intérêts punitifs quelconque à titre de réparation pour non-respect des droits à l'instruction dans la langue de la minorité. L'évolution du droit relativement à cette question aurait certainement des répercussions considérables sur la mise en oeuvre des droits linguistiques garantis par la *Constitution*. Elle pourrait également avoir de telles répercussions à l'égard d'autres droits garantis par la *Charte*.

En ce qui concerne les tribunaux, la reconnaissance, dans la loi, du droit pour un accusé de subir son procès devant un juge (ou un juge et jury) parlant la même langue officielle que lui, ainsi que son droit à ce que le procureur parle cette même langue a soulevé la question de savoir de quelle façon harmoniser ces droits avec les droits d'origine constitutionnelle prévus à l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, à l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* et à l'article 19 de la *Charte*. Des litiges soumis aux tribunaux québécois récemment ont démontré jusqu'à quel point cette question peut soulever des débats. Comme le droit prévu par la loi donne effectivement plus d'étendue aux droits linguistiques de l'accusé, les communautés linguistiques minoritaires pourraient être légitimement préoccupées par les arguments constitutionnels qui remettent l'étendue de ce droit en question. Le droit prévu par la loi soulève également la question des répercussions que celui-ci peut avoir sur l'interprétation des autres droits garantis par la *Charte* qui se rapportent aux affaires pénales, notamment le droit d'être jugé dans un délai raisonnable, le droit à un procès juste et équitable, le droit d'être informé des motifs de sa détention et le droit à l'assistance d'un interprète. L'administration de lois fédérales, comme les lois sur la faillite et le divorce, par les cours provinciales cause également des préoccupations. Pourrait-on soutenir avec succès que l'administration de lois fédérales par une cour provinciale suppose l'emploi de l'une ou l'autre langue officielle devant le tribunal ? Ou encore, ces droits linguistiques ne sont-ils garantis que devant les tribunaux fédéraux (ou ceux du Manitoba, du Québec et du Nouveau-Brunswick) comme l'indique le libellé de l'article 133 ?

La question du droit à des services bilingues aux termes de l'article 20 de la *Charte* pourrait fort bien constituer l'une des questions limites en matière de bilinguisme législatif. À titre d'exemple, nous avons vu de quelle façon les tribunaux interprètent l'article 133 et les dispositions analogues pour exiger que les règles de pratique visées par ces dispositions soient publiées dans les deux langues officielles. On a également jugé que ces dispositions s'appliquent à des tribunaux qui exercent des fonctions quasi judiciaires, compte tenu de l'importance croissante du droit administratif. Étant donné que la distinction entre les tribunaux qui exercent des fonctions quasi judiciaires et d'autres organismes chargés de prendre des décisions qui ont l'obligation d'agir

équitablement devient de moins en moins évidente, ces organismes devraient-ils, aux termes du droit constitutionnel, être tenus de faire paraître leurs règles de pratique en français et en anglais ? Dans l'affirmative, cette exigence découle-t-elle des règles visant le bilinguisme obligatoire dans le processus législatif ou de l'article 20 de la *Charte* concernant les services au public ?

L'article 16 (égalité de statut et droits et privilèges égaux du français et de l'anglais) et l'article 20 (droit du public de recevoir des services dans l'une ou l'autre des deux langues officielles) ont été moins souvent interprétés par les tribunaux. En effet, les tribunaux ne se sont pas prononcés souvent sur le sens exact de ces articles de sorte qu'un certain nombre d'arguments juridiques pourraient être avancés. Comme on l'a expliqué précédemment, on s'est déjà penché sur la question de savoir si la portée de l'article 16 est assez étendue pour appuyer le droit de travailler dans la langue officielle de son choix au sein de la fonction publique fédérale ou de celle du Nouveau-Brunswick. Ou encore, cet article aurait-il uniquement une valeur symbolique et serait-il impossible de l'invoquer pour faire valoir des droits d'origine constitutionnelle particuliers devant les tribunaux ? Comme on l'a déjà signalé, l'article 34 de la *Loi sur les langues officielles* (1988) reconnaît le droit des agents des institutions fédérales d'utiliser l'une ou l'autre des deux langues officielles conformément aux règles prévues dans la loi. On ne peut que supposer que ce droit prévu par la loi s'inspire de la déclaration d'égalité de statut et de droits et privilèges égaux du français et de l'anglais dans toutes les institutions du Parlement et du gouvernement du Canada qui figure à l'article 16 de la *Charte*. Même si la loi apporte des limites précises à un droit général de travailler dans l'une ou l'autre langue, il semblerait raisonnable d'avoir recours au régime de règlement des plaintes prévu dans cette loi et au recours judiciaire en Cour fédérale à titre d'indication quant à la façon de faire valoir ce droit. Des litiges fondés sur la *Constitution* pourraient être envisagés dans les cas où les limites apportées au droit violent le principe sous-jacent d'égalité qui est énoncé à l'article 16 de la *Charte*.

La question de savoir ce que constitue des « institutions du Parlement et du gouvernement du Canada » ou des « institutions de la Législature et du gouvernement du Nouveau-Brunswick » se pose tant en ce qui concerne l'article 16 qu'en ce qui concerne l'article 20 même s'il est évident que les conséquences ne seront pas les mêmes. Pour ce qui est des communications avec le public et de la prestation de services à ce dernier au niveau fédéral, la *Loi sur les langues officielles* précise quelles institutions sont visées. Ces institutions comprennent le Sénat, la Chambre des communes, la Bibliothèque du Parlement, les tribunaux fédéraux, les ministères fédéraux, les sociétés d'État créées sous le régime d'une loi fédérale (et des filiales à 100 p. 100),

tout organisme - bureau, commission, conseil, office ou autre - chargé de fonctions administratives sous le régime d'une loi fédérale ou en vertu des attributions du gouverneur en conseil et tout autre organisme désigné par la loi à titre de mandataire de Sa Majesté du chef du Canada ou placé sous la tutelle du gouverneur en conseil ou d'un ministre fédéral. L'application de la partie IV de la Loi (communications avec le public et prestation de services) pourrait entraîner des désaccords quant à la question de savoir si un organisme donné constitue ou non une institution fédérale au sens de la Loi. En pareil cas, il serait préférable d'avoir d'abord recours au mécanisme de règlement des différends prévu par la Loi pour faire trancher la question. On ne peut pas exclure a priori les litiges fondés sur la *Constitution* dans les cas qui s'y prêtent, mais cette façon de procéder devrait être envisagée en dernier ressort seulement. Tel que déjà mentionné, la question des filiales des sociétés d'État pourrait mener à des disputes où les intérêts de la société d'État dans la filiale serait substantielle mais pas à 100 p. 100.

Les notions de « demande importante » et de « vocation du bureau » posent évidemment des problèmes mais le règlement pris en application de la *Loi sur les langues officielles* (1988), dont la majorité des dispositions entrera en vigueur en décembre 1992, fournit des détails considérables quant à la portée que le gouvernement fédéral leur attribue. Sauf en ce qui concerne les administrations et les bureaux centraux et les bureaux et les installations situés dans la région de la capitale nationale, ces deux notions sont d'une importance capitale lorsqu'il s'agit de déterminer l'étendue réelle du droit de communiquer avec les institutions fédérales et d'en obtenir des services. Comme pour ce qui est d'autres éléments de la Loi et des règlements, les détails qui sont donnés, relativement à l'interprétation d'expressions clés qui figurent dans l'article 20 de la *Charte,* militent en faveur du recours au mécanisme de règlement des différends prévu dans la Loi et de l'exercice du recours judiciaire en Cour fédérale. Les contestations fondées sur la *Constitution*, qui constituent toujours une possibilité indépendamment de la *Loi sur les langues officielles,* ne devraient évidemment pas être exclues, surtout si l'on constate, après avoir appliqué des dispositions de la Loi, que celles-ci portent atteinte aux droits d'origine constitutionnelle garantis à l'article 20 de la *Charte.*

En ce qui concerne les services au public, la question de savoir si l'on peut passer outre aux droits linguistiques garantis par la *Constitution* en déléguant des responsabilités administratives fédérales à des organismes provinciaux n'a jamais été tranchée par les tribunaux. Il conviendrait de garder cette question à l'esprit aux fins de toute étude sur la délégation administrative actuellement en place et sur toute décision que le fédéral pourrait prendre dans l'avenir de déléguer davantage de pouvoirs aux provinces.

L'article 25 de la *Loi sur les langues officielles* prévoit que lorsque des services sont offerts au public par des tiers pour le compte d'une institution fédérale, ces services doivent être offerts dans les deux langues officielles au même titre que si l'institution fédérale les avait offerts elle-même. Il n'est pas clair à première vue si cet article devait s'appliquer aux organismes provinciaux.

6- Conclusion : fin prématurée du processus

Pendant plus d'une décennie, le Programme de contestation judiciaire a fourni une aide financière indispensable en vue de permettre de supporter les frais juridiques liés à des causes importantes en matière de droits linguistiques. Sans cette aide, on peut se demander si on bénéficierait, aujourd'hui, d'autant de jurisprudence à cet effet. Les frais juridiques constituent un véritable obstacle pour quiconque souhaite s'adresser aux tribunaux afin d'obtenir réparation parce qu'il estime qu'il a été porté atteinte à des droits d'origine constitutionnelle. Il ressort nettement du survol des causes appuyées par le Programme de contestation judiciaire que l'étendue des droits linguistiques est souvent étroitement liée aux obligations positives que ces droits imposent aux gouvernements. Bien que les tribunaux n'aient pas toujours interprété largement les obligations corrélatives de l'État (obligations découlant des droits linguistiques garantis par la *Constitution*), même les interprétations restrictives ont servi de catalyseur pour les réformes législatives destinées à combler les vides.

La durée des procédures judiciaires, depuis les premières instances jusqu'à la décision de la Cour suprême, exige beaucoup de persévérance de la part des personnes ou des groupes qui intentent l'action en justice. Les ressources psychologiques et sociales nécessaires pour voir le processus aboutir constituent en soi un grand sacrifice à consentir. Cette réalité rend encore plus importante l'octroi d'une aide financière pour assurer une réussite dans les poursuites engagée, particulièrement lorsque des questions de principe sont en cause par opposition à des questions d'intérêts privés ou financiers.

La mise en oeuvre complète des droits linguistiques protégés par la *Constitution* soulève un nombre considérable de questions qui demeurent sans réponse. Par ailleurs, même si le *Règlement* d'application, le mécanisme de règlement des différends et le recours judiciaire en Cour fédérale, qui sont prévus par la *Loi sur les langues officielles*, constituent des initiatives importantes pour ce qui est de la mise en oeuvre efficace d'un certain nombre de droits linguistiques, cela n'empêche pas les contestations fondées sur la *Constitution* dans tous les cas. En outre, le secteur fondamental des droits à

l'instruction dans la langue de la minorité n'est pas visé par cette loi. Les questions qui demeurent sans réponse dans ce seul secteur font ressortir la nécessité de continuer à fournir une aide financière de manière à ce que des affaires importantes puissent être soumises aux tribunaux dans l'avenir.

L'expérience du Programme de contestation judiciaire a démontré que le processus judiciaire visant la clarification des droits linguistiques bénéficiant de protection constitutionnelle, leur mise en oeuvre et leur plein respect, s'étend sur plusieurs années. En réalité, on doit envisager l'interprétation de tels droits comme étant en constantes évolution, et non comme étant fixe et complète à un moment précis. Bien que la portée d'un droit devient plus évident avec le cumul des décisions judiciaires, il semble toujours y avoir de nouvelles circonstances qui mettent encore à l'épreuve notre compréhension de la question. Même les mots utilisés par un juge pour exprimer une décision particulière peuvent faire l'objet d'interprétations subséquentes. Nous n'avons qu'à nous rappeler les commentaires du juge en chef de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Mahé* pour confirmer que la pleine portée des droits linguistiques constitutionnels doit être envisagée dans le contexte d'un processus en évolution. Ayant décrit le type de gestion et de contrôle que possèdent les membres de la minorité linguistique sur le domaine de l'éducation de la minorité linguistique, le juge en chef remarqua : « Je ne doute pas que, dans d'autres affaires, les tribunaux auront l'occasion de développer ou de préciser ces principes. Il est impossible à ce stade de l'évolution de l'article 23 de prévoir toutes les circonstances entourant son application. »[54]

Ce rapport a démontré que de nombreux droits linguistiques protégés par la *Constitution* soulèvent des questions d'interprétation et de mise en oeuvre qui n'ont pas encore fait l'objet de réponses définitives. Les effets néfastes de l'abolition du Programme de contestation judiciaire sont donc apparents. Dorénavant, les personnes et les groupes qui souhaiteront, comme mesure de dernier ressort, s'adresser aux tribunaux pour faire valoir des droits linguistiques garantis par la *Constitution* auront à nouveau à faire face à d'énormes difficultés financières. Malheureusement, un grand nombre de personnes pourraient trouver ce fardeau trop lourd à porter dans leur lutte pour voir les droits linguistiques entièrement mis en oeuvre et respectés.

1. Ces deux décisions n'ont pas été publiées dans des recueils de jurisprudence mais la Cour suprême du Canada a reconnu en 1985 que leur effet subsistait. Voir *Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721.

2. [1979] 2 R.C.S. 1032. La décision de la Cour d'appel du Manitoba est publiée dans [1979] 4 W.W.R. 229.

3. [1979] 2 R.C.S. 1019

4. [1981] 1 R.C.S. 312

5. [1985] 1 R.C.S. 721

6. *Bilodeau* c. *P.G. Manitoba*, [1986] 1 R.C.S. 449

7. Précité, p. 739

8. Précité, p. 744

9. Précité, p. 744

10. [1985] 2 R.C.S. 347

11. *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba (Audition spéciale)*, jugement rendu le 3 janvier 1992.

12. En ce qui a trait à la forme d'un texte, la Cour a statué qu'il est de nature législative lorsqu'il est adopté en vertu de la loi, par le gouvernement ou assujetti à l'approbation du gouvernement.

    En ce qui a trait au contenu et à l'effet d'un texte, la Cour a statué que les éléments suivants indiquent la nature législative :

    (i) le texte comprend une règle de conduite;
    (ii) le texte a force de loi;
    (iii) le texte s'applique à un nombre indéterminé de personnes.

    La Cour a établi ces règles de base avant de se pencher sur la liste très détaillée de documents soumis à son examen.

13. Voir note 11

14. Devant la Cour d'appel du Québec : [1985] C.A. 559
Devant la Cour suprême du Canada : [1990] 1 R.C.S. 260

15. [1986] R.J.Q. 2586 (C.S.), infirmé par [1990] R.J.Q. 309 (C.A.); décision de la C.A. confirmée par la Cour suprême du Canada le 27 février 1992.

16. [1986] 1 R.C.S. 449

17. [1988] 1 R.C.S. 234. Les incidences de l'article 110 ont également été soulevées dans *Paquette* v. *R.*, (1987) 46 D.L.R. (4th) 82; *R.* v. *Lefebvre*, (1991) 1 W.W.R. 336; *Tremblay* v. *The Queen*, (1985) 20 C.C.C. (3rd) 454.

18. Voir note 11

19. [1986] 1 R.C.S. 460

20. [1986] 1 R.C.S. 449

21. (1985) 1 W.W.R. 249

22. [1986] 1 R.C.S. 549

23. Voir *R.* v. *Paquette* (1987) 46 D.L.R. (4th) 82; *Tremblay* v. *The Queen* (1985) 20 C.C.C (3rd) 454; *R.* v. *Lefebvre* (1991) 1 W.W.R. 336; *R.* c. *Mercure* [1988] 1 R.C.S. 234.

24. *MacDonald* c. *Ville de Montréal*, voir note 19, à la p. 496

25. Voir *R.* v. *Paquette*, voir note 17; *Ringuette* v. *A.G. Canada and A.G. Newfoundland* (1987) 33 C.C.C. (3rd) 509; *Re French Language Rights of Accused in Saskatchewan, Criminal Proceedings*, [1987] 5 W.W.R. 597.

26. *R.* v. *Cross* [1991] R.J.Q. 1430; *R.* v. *Montour* [1991] R.J.Q. 1470

27. *R.* v. *Allain* (1991) 70 Man. R. (2nd) 161

28. *R.* v. *Boudreau*, voir ci-dessous note 32

29. Dans *Société des Acadiens* c. *Association of Parents*, le juge en chef de la Cour suprême du Canada a affirmé que cette question n'était toujours pas résolue :

> « Dans le présent pourvoi, il ne nous est pas nécessaire de résoudre toutes les questions accessoires qui découleront de l'art. 19. En particulier, nous n'avons pas à déterminer si le recours à des interprètes ou à la traduction simultanée satisferait à l'exigence qu'un plaideur soit compris par le tribunal... Aucune preuve n'a été produite relativement à l'efficacité d'interprètes ou de la traduction simultanée dans le contexte de l'article premier de la *Charte* ou de toute autre disposition. Ce point n'a pas été abordé au cours des débats et, en fait, les avocats ont demandé expressément que la Cour s'abstienne de se prononcer sur cette question en l'espèce. » Voir note 22, à la p. 559.

Dans cette affaire, la Cour a statué, à la majorité, que la question de l'obligation pour le tribunal de prendre des mesures raisonnables pour comprendre les procédures, la preuve et les plaidoiries peu importe la langue officielle employée par les parties était reliée aux principes généraux de justice naturelle plutôt qu'à l'article 19 de la *Charte*.

30. *R.* v. *Gautreau* (1990) 60 C.C.C. (3rd) 332

31. *Société des Acadiens* c. *Association of Parents*, [1986] 1 R.C.S. 549, à la p. 566.

32. *R.* v. *Boudreau*, (1989) 103 N.B.R. (2nd) 104; infirmé par la Cour d'appel du N.-B. pour des motifs ne se rapportant pas aux articles 16 et 20, (1991) 25 M.V.R. (2nd) 102.

33. Voir l'art. 462.1 du *Code criminel*.

34. Dans l'arrêt *Boudreau*, le juge Deschênes a déclaré ce qui suit :

> « D'abord, je devrais dire que je partage l'opinion exprimée dans *Gautreau* à l'effet que les corps policiers sont au service de la population et que leur travail ne se limite pas à la simple délivrance de sommations mais s'étend à plusieurs genres d'activités : secours d'urgence, protection, contrôle de la circulation, éducation populaire, pour n'en énumérer que quelques-unes. » (103 N.B.R., à la p. 118)

35. [1984] 2 R.C.S. 66

36. Voir *Re Minority Language Education Rights* (1984) 20 D.L.R. (3rd) 491; et *Re Reference Respecting The School Act, P.E.I. and Minority Language Education Rights* (1984) 69 N.F.L.D. & P.E.I.R. 236.

37. Voir *Lavoie* v. *A.G. Nova Scotia* (1989) 91 N.S.R. (2nd) 184

38. [1986] 1 R.C.S. 549, p. 578

39. [1990] 2 W.W.R. 289 (Cour d'appel du Manitoba)

40. [1987] 6 W.W.R. 331

41. [1988] 69 Nfld & P.E.I.R. 236

42. [1984] 10 D.L.R. (4th) 491

43. [1989] 58 D.L.R. (4th) 293

44. [1990] 1 R.C.S. 342, p. 364

45. Précité, p. 365

46. Précité, p. 366

47. Il convient de souligner que la Cour a estimé que le droit à la gestion et au contrôle découlait de l'objet sous-jacent de l'article 23. Voici ce qu'elle a affirmé :

« Cet objet, mentionné plus haut, est de préserver et promouvoir la langue et la culture de la minorité partout au Canada. Selon moi, il est indispensable à cette fin que, dans chaque cas où le nombre le justifie, les parents appartenant à la minorité linguistique aient une certaine mesure de gestion et de contrôle à l'égard des établissements d'enseignement où leurs enfants se font instruire. Cette gestion et ce contrôle sont vitaux pour assurer l'épanouissement de leur langue et de leur culture. Ils sont nécessaires parce que plusieurs questions de gestion en matière d'enseignement (programmes d'études, embauchage et dépenses, par exemple) peuvent avoir des incidences sur les domaines linguistique et culturel. Je tiens pour incontestable que la vigueur et la survie de la langue et de la culture de la minorité peuvent être touchées de façons subtiles mais importantes par les décisions prises sur ces questions. » Pages 371 et 372 des motifs de jugement.

48. Précité, p. 379 et 380

49. Précité, p. 393

50. (1988) 48 D.L.R. (4th) 315

51. Voir note 44, à la page 386.

52. Voir (1988) 47 D.L.R. (4th) 586 pour la décision de la division de première instance de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse; jugement de la Cour d'appel rendu le 29 mars 1989.

53. Voici ce que la Cour suprême a déclaré à cet égard :

> « Je ne doute pas que les droits des conseils scolaires confessionnels puissent, dans certains cas, avoir pour conséquence d'imposer des limites au genre de réorganisation qui pourrait par ailleurs s'imposer en vertu de l'article 23. Les garanties données aux écoles confessionnelles pourraient fractionner un groupe admissible d'élèves appartenant à la minorité linguistique et empêcher de ce fait la création d'une école de la minorité linguistique qui serait autrement requise. Mais une telle possibilité, si regrettable soit-elle, n'enlève rien à la validité de l'interprétation que je donne à l'article 23. Il y a lieu de souligner aussi qu'étant donné l'étroite correspondance géographique entre les groupes confessionnels et les minorités linguistiques au Canada, il serait rare que de telles difficultés se présentent. Il ne semble pas y avoir de problèmes de cette nature en l'espèce, et je crois qu'il est préférable d'en traiter au moment où ils se présenteront, le cas échéant.

Voir les pages 383-384 du jugement.

54. Supra, note 44, à la page 378.